

Droit Commercial

Commençons par une définition : c'est difficile de définir le droit commercial, d'en fixer le champ d'application ; on peut dire que c'est le droit applicable aux professionnels, aux entreprises. Jusqu'ici on a vu le droit applicable aux particuliers : le droit civil, maintenant on va voir le droit des professionnels.

Pourquoi ne pas avoir un seul droit ? On ne peut pas appliquer les mêmes règles car :

- Appliquer aux uns et aux autres la même solution n'est pas souhaitable (ex : dans le domaine de la preuve).
- Les problèmes qui se posent ne sont pas les mêmes selon qu'on est particulier ou professionnel (on ne peut pas traiter de la même façon des problèmes de filiation ou des problèmes de comptabilité et de gestion).

On comprend donc qu'il y ait un ensemble de règles spéciales qui modifient ou complètent les règles du droit civil. Le droit civil est le tronc commun et le droit commercial est l'un des droits d'exception. Le droit Civil s'applique partout où le droit commercial ne s'applique pas. Dans la vie des affaires le droit commercial est très important :

C'est lui qui pose l'obligation de tenir une comptabilité: c'est ce que l'on appelle l'obligation comptable.

C'est lui qui dispose que les litiges entre commerçants sont portés devant des tribunaux spéciaux : les tribunaux de commerce.

Il a créé le RCS ou les procédures de faillite.

Vu qu'il existe ces règles particulières on pourrait donc s'attendre à ce qu'elles s'appliquent à tous les professionnels ou toutes les activités économiques, on pourrait s'attendre à ce qu'elles soit un droit des affaires, de toutes les entreprises, une " business law ". Ce n'est pas le cas, ce droit ne s'applique qu'aux commerçants, aux entreprises commerciales, les non commerçants n'y sont pas assujettis.

Donnons la définition de quelques notions :

Activité économique : C'est une activité, mais toute activité n'est pas économique. Il y a activité économique partout où il y a offre habituelle de produits ou de service sur un marché. C'est une définition large, souple qui suffit à recouvrir toutes les activités économiques. Remarque : les termes " d'entreprise " et de " professionnel indépendant " recouvrent la même réalité. Ces deux termes sont équivalents.

Entreprise : Organisation qui offre des produits ou des services. L'entreprise est un ensemble de personnes et de biens réunis pour fournir des produits ou des services. Il y a entreprise partout où il y a une activité économique et inversement. C'est une réalité économique et sociale essentielle dans notre société ; c'est en terme d'entreprise qu'on raisonne.

Parfois l'entreprise est regardée comme une réalité juridique autonome : elle se distingue de l'entrepreneur. Ex : on parle de l'organisation sociale de l'entreprise. Ex 2 : sur le plan comptable il y a une spécificité de l'entreprise.

Mais le plus souvent on ne distingue pas et on pense à l'entrepreneur en pensant à l'entreprise. Le droit ignore l'entreprise mais connaît l'entrepreneur. L'entreprise serait donc une expression commode pour désigner des personnes de statuts juridiques différents.

Quand les textes parlent d'entreprise ils désignent différentes catégories de personnes juridiques.

Ex : l'article L 620-2 du Code de Commerce dispose : " Il est institué une procédure de redressement judiciaire destinée à permettre la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi et l'apurement du passif [...]"

L'article L 620-2 ajoute : " Le redressement et la liquidation judiciaires sont applicables à tout commerçant, à toute personne immatriculée au répertoire des métiers, à tout agriculteur et à toute personne morale de droit privé [...]"

Le terme d'entreprise, ici, désigne les commerçants, artisans, agriculteurs et personnes morales de droit privé. L'article L 620-2 définit une fois puis ensuite quand on fait référence au terme d'entreprise il faut se remémorer selon ces articles ce que ce terme englobe.

A la vue de ces deux articles on peut se demander si cette procédure de liquidation qui est décrite est encore du droit commercial, en effet elle a vocation à s'appliquer à des catégories d'entreprises qui ne sont pas forcément commerçante. Est-ce un texte de droit commercial ? Cette remarque fait surgir le problème du droit commercial : ce droit traverse une crise d'identité ; on ne sait pas exactement où commence et où finit le droit commercial. Aujourd'hui on applique parfois à des non commerçants ce droit !!!

C'est le problème de la division " des droits ". En droit Français on distingue tout d'abord entre droit privé et droit public : ce sont deux mondes distincts avec deux ordres de juridictions différents, c'est une spécificité bien Française qu'on ne retrouve ni en droit Européen ni dans d'autres pays.

Au niveau du droit civil il y a là encore " différents droits " on le voit avec les différentes juridictions de 1ère instance en droit civil dont notamment les tribunaux de commerce.

Du fait de ces différentes juridictions il est difficile de ne pas voir une distinction entre droit civil et droit commercial par exemple.

En plus de tout ça il y a un autre problème : on ne peut pas faire que le droit commercial ne relève que des tribunaux de commerce. On va faire dans ce cours du droit de l'entreprise plus que du droit commercial.

N'aurait-on pas pu éviter cette cacophonie entre droit civil, commercial et de l'entreprise ? Non ça tient à l'histoire et aux sources ce que l'on va voir dans l'introduction.

Introduction :

L'histoire du droit commercial

Notre droit commercial n'est pas le fruit d'une construction rationnelle ; il s'est constitué au fil de l'histoire, de manière empirique.

- Notre droit commercial moderne est né au moyen âge en Italie du Nord pour répondre aux besoins des marchands de l'époque ; c'est la période corporatiste. Les corporations se donnaient des règles modificatives du droit commun quand ces dernières ne correspondaient pas à leurs besoins.

Le droit commercial était avant tout un droit corporatiste avec les avantages (formation, gestion sociale, défense des commerçants, interlocuteurs avec le pouvoir royal) et les inconvénients (pas de concurrence donc hausse des prix donc Malthusianisme et fermeture de l'accès à la profession : il y a une forte barrière).

C'était aussi un droit de relations commerciales. Il a été généralisé en Europe en fonction de différents facteurs : commerce maritime, puissants banquiers Italiens (les Lombards) et les grandes foires qui ont créé les lettres de change pour éviter les risques du transport d'argent, l'invention des juridictions spéciales ainsi est né le jus mercatorum : chaque pays a ensuite fait son chemin propre. En France ces règles ont été codifiées en 1673 par Colbert dans la Grande Ordonnance : le code Savary.

- Deuxième âge du droit commercial : la période capitaliste, la révolution Française a libéré les commerçants du carcan des corporations, il y a eu proclamation de la loi " Le Chapelier " du 17 Juin 1791 mais on ne touche pas aux juridictions consulaires car les Magistrats sont élus ce qui est démocratique d'où la constance dans notre droit de la notion commerçant. C'est ce qui explique aujourd'hui que les entreprises qu'elles soient civiles ou commerciales sont soumises à un régime différent.
- En 1807 on a promulgué un code de commerce, moins bon que le Code Civil Napoléonien de 1804, on parlait alors d'un code de boutiquier. Jusqu'en 2000 (recodification) on appliquait ce qui restait du code d'origine après abrogations de certains articles il restait 50 articles on disait donc que le droit commercial était décodifié.
- Depuis la recodification le droit commercial a accompagné l'évolution du système économique : Libéralisme du XIXème. Il a fait place aux sociétés par actions le 24 Juillet 1867, Il a accompagné le front populaire en 1936, Les nationalisations (SNCF...)

En 1957 il y a eût création de la CEE devenu CE : l'ordre juridique communautaire est fondé sur le principe de la liberté des échanges économiques d'où découle deux grandes politiques communautaires (ensemble d'actions pour atteindre un but) :

Libéralisation : de l'énergie, des télécoms, des transports... c'est la déréglementation, on fait disparaître les barrières.

La politique de concurrence : posé par les articles 81 et suivants du Traité.

Le droit communautaire a aussi permis de corriger les abus du système : protection des épargnants, des petits commerçants (baux commerciaux 1953) et approche consumériste.

Lessons

✓ La Constitution :

On retrouve à ce niveau les domaines de la loi et du règlement. L'article 34 réserve au pouvoir législatif les principes fondamentaux des obligations commerciales. Puisque seuls ces principes sont réservés au domaine législatif alors tout le reste relève du pouvoir réglementaire, c'est très étendu.

Il y a aussi le bloc de constitutionnalité (dégagé par le Conseil Constitutionnel en 1971), c'est de ce bloc qu'on a dégagé puis constitutionnalisé le principe de la liberté d'entreprendre par une décision du 16/01/1982.

✓ Les traités internationaux :

Ils ont prééminence sur la loi : Il y a celui **instituant la CE** :

Il a été modifié fréquemment. Il y a une double originalité de l'ordre juridique communautaire : Il y a un effet direct en la personne des particuliers, ça change tout, en général les conventions diplomatiques ne s'appliquent pas directement c'est différent.

Il y a une primauté du droit communautaire sur les droits nationaux : si une règle nationale n'est pas conforme à une règle de droit communautaire alors il faut voir le texte national comme automatiquement caduque.

Les autres traités :

Il y a trois types de traités internationaux :

- Les traités de règlement de conflits des lois.
- Les traités d'unification du droit matériel.
- Les traités de loi uniformes.

Les premiers règlent des conflits de loi : ils permettent d'apporter une solution lorsque pour un cas on hésite sur la loi à appliquer. Ces traités indiquent sur certains points la solution à choisir. Ex : La Convention de Rome du 19 Juin 1980 sur les principes applicables aux obligations contractuelles. On cherche dans ce traité la solution à certains conflits.

Les traités d'unification du droit matériel : ils formulent des règles de fond seules applicables à un litige de caractère international. C'est le cas de la Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises entrée en vigueur en 1988 ; autre exemple : les transports.

Les traités de loi uniforme : c'est une convention d'unification du droit matériel sauf que les règles ont vocation à s'appliquer aussi aux relations juridiques internes. Cette distinction est très importante.

Ex : les lois de 1930 sur le chèque et les lettres de change, ce texte a été adopté par différents pays dont la France et l'Allemagne ces deux pays en l'adoptant l'ont rendu applicable à leurs droit interne. Ce texte supprime tout problème de choix de loi. S'il y a litige entre des ressortissants des deux pays : la même loi s'applique. Pourquoi ne pas appliquer systématiquement ce genre de texte ???

S'il est vrai qu'en principe, il n'y a pas de problèmes de conflits, en pratique tout dépend de ce que fait le juge et surtout le juge suprême qui interprète le texte. Les interprétations peuvent différer donc réapparition du problème ; l'avantage en droit communautaire c'est la CJCE, il n'y a qu'un seul juge qui interprète et l'interprétation s'impose à toutes les juridictions nationales. C'est intéressant et ça donne une effectivité.

✓ **Les lois :**

Il faut être conscient du fait qu'en la matière s'applique l'ensemble des lois commerciales mais aussi civiles : les deux se complètent.

Les ordonnances :

Article 38 des anciens décrets lois. Ex : ordonnance de nationalisation, ordonnance de 1986 sur la concurrence ...

Les règlements d'application des lois :

Ces règlements qui sont très nombreux conduisent à la dégradation du droit commercial, cela vient de la prééminence du pouvoir réglementaire en matière commerciale. Le vieux code n'était plus applicable donc on a décidé de passer systématiquement par des règlements, puis finalement pour ordonner tout cela on a re-codifié (la recodification s'est faite à droit constant : c'est-à-dire qu'on regroupe les textes).

Suite à la recodification, une ordonnance du 18 septembre 2000 a rendu applicable un code de commerce (nouveau). Dans ce code on retrouve le problème congénital de la matière : le périmètre n'est pas vraiment fixé et dans le code on trouve des dispositions qui ne sont pas réservées aux commerçants (ex : en matière de GIE, pour la concurrence).

Le code de commerce contient certaines dispositions qui sont applicables à toutes les activités. Dans ce code il a fallu mettre en place un nouveau plan (une nouvelle numérotation) :

Titre I : L'acte de commerce.

Titre II : Les commerçants

Titre III : Des courtiers, des commissionnaires, des transporteurs et des agents commerciaux.

Titre IV : Le fonds de commerce. Il y a ici notamment un chapitre important :

Titre V : Le bail commercial

✓ A ce droit émanant des autorités publiques il faut ajouter des sources de droits qui sont d'ordre privé, comme par exemple : **La pratique commerciale.**

Les contrats types qui réglementent la pratique : ce sont des accords qui ont pour objet de fixer des normes qui ont vocation à régir des contrats d'application. Le contrat type ne crée pas des obligations ; ce qui explique le caractère obligatoire de ces contrats c'est leur caractère normatif.

Il y a beaucoup de mécanismes juridiques du droit commercial qui n'ont comme support qu'un contrat type comme par exemple :

Les usages professionnels : on distingue deux grandes branches :

Les usages conventionnels : il s'agit de règles supplétives mais auxquelles on suppose que les parties ont entendu se référer. Ex : le prix est réputé donné HT. Faute de stipulation contraire on pose comme présomption que les parties se basent là-dessus. La question est de savoir quels sont ces usages. Les Chambres de Commerce et d'Industrie (qui sont des organismes professionnels) délivrent des attestations d'existence des usages (c'est ce que l'on appelle des parères). Le mieux est encore de lister les usages, c'est ce qui est fait par certains organismes qui établissent des codes d'usage ou de bonne conduite ; ils ont un rôle très important dans le droit commercial internationales.

Les usages de droit : ils sont obligatoires sans passer par le détour de la volonté des parties. A l'instar de la coutume du droit civil ces usages ont un caractère obligatoire. Ex : la solidarité commerciale (chacun est tenu de toutes les dettes).

Partie I : Notions générales de droit commercial :

Il faut repartir de la notion d'entreprise. L'entreprise en tant que telle n'a pas accès à la vie juridique : pour cela il faut être une personne, or l'entreprise n'est pas une personne donc il faut pour qu'elle accède à la vie juridique rattacher son activité à une personne juridique pour qu'elle ait la ; c'est à cette condition qu'elle obtiendra la personnalité juridique.

Deux distinctions apparaissent de ces constatations :

La distinction entre personne physique (entreprise individuelle) et personne morale (entreprise exploitée en société).

Une distinction qui recouvre la première : l'entrepreneur personne physique ou personne morale est tantôt commerçant et tantôt une entreprise civile. Si l'entreprise est commerciale alors l'entreprise est commerciale sinon elle est civile.

Il y a donc quatre types de société :

- Entreprise individuelle civile.
- Entreprise individuelle commerciale.
- Entreprise sociétaire civile.
- Entreprise sociétaire commerciale.

Chapitre I : La distinction de l'entreprise commerciale et de l'entreprise civile :

Théoriquement c'est une distinction très importante. Le droit commercial est bâti sur la notion de commerçant, donc les entreprises aujourd'hui relève théoriquement d'un régime différent

selon qu'elles ont un caractère civil ou commercial. Théoriquement le droit commercial ne s'applique qu'aux entreprises commerciales mais :
Le champ d'application du droit commercial est en réalité très vaste.

Une uniformisation du statut des entreprises se réalise peu à peu, surtout pour les grandes entreprises exploitées en forme de société. A l'égard des grandes entreprises on considère que la dualité entre le droit commercial et le droit civil ne se justifie pas ; là où il y a activité économique et entreprise il faut appliquer les mêmes règles que l'entreprise soit commerciale ou civile. Dans les textes législatifs récents on va au-delà du droit commercial et on consacre cette uniformisation ; voyons le par trois exemples :

En 1978 on a réaligné le droit des sociétés civiles sur le modèle des sociétés commerciales.

Les obligations comptables des commerçants ont été étendues à des personnes morales de droit privé non commerçante.

En matière de faillite : la loi de 1985 institue une procédure spéciale pour toutes les entreprises civiles, commerciales, artisanales, agricoles... Le droit commun aujourd'hui beaucoup perdu de son originalité car des règles s'appliquent à beaucoup d'entreprises et pas seulement commerciales.

On va distinguer le secteur commercial, puis lister les entreprises civiles et enfin on étudiera les obligations communes aux deux.

Section I : Le secteur commercial :

Il coïncide avec le domaine d'application du droit commercial (l'ensemble des règles dont la mise en œuvre relève en principe uniquement des tribunaux de commerce). Précisons-en le domaine puis voyons en quoi consiste l'originalité.

§ I : Quel est le domaine du droit commercial :

C'est un point important, car il faut dans chaque cas (pour chaque règle) savoir si l'on est ou pas dans le domaine commercial (cela permet par exemple de savoir qui doit s'inscrire au RCS, quels sont les litiges qui relèvent de la compétence du tribunal de commerce...). Pour fixer le domaine du droit commercial il y a deux approches possibles : une subjective et l'autre objective.

- ❖ L'approche subjective consiste à dire que le droit commercial est le droit des commerçants.
- ❖ L'approche objective consiste à dire que le droit commercial est le droit des actes de commerce.

Quelle approche a été retenue ? Il n'y a pas de réponse claire. En 1807 les rédacteurs du code de commerce n'ont pas pu prendre clairement parti pour la version subjective car on venait de supprimer les corporations et prôner une telle conception viendrait à les restaurer. D'un autre côté les rédacteurs ne pouvaient pas non plus céder à la vision objective (c'était une conception trop restreinte). Ce manque de prise de parti explique l'ambiguïté des textes qui sont toujours en vigueur du fait de la codification à droit constant.

L'ancien article 1er devenu L 121-1 dispose que sont commerciales ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession. Il suffirait donc de se référer à l'article 632 (devenu L 110-1) pour voir ce que sont les actes de commerce.

L'approche objective consiste à mettre au 1er plan les actes de commerce, autrement dit pour déterminer un commerçant il faut d'abord déterminer les actes de commerce. Ex : l'achat pour revendre est un acte de commerce, c'est l'acte de commerce par excellence. Est donc commerçant celui qui fait cela à titre habituel. Mais cela ne fonctionne pas comme ça, l'article L 110-1 9° dit que la loi " répute acte de commerce toute obligation entre négociants, marchands et banquiers ", ce qui veut dire que toute obligation entre commerçant est un acte de commerce.

Il y a un problème : la démarche est ici inversée ; on est en pleine conception subjective : la conception objective aurait donc un problème. En réalité on peut considérer que sont commerçants ceux qui exercent les activités des 8 premiers alinéas de l'article L 110-1. Il est plus simple d'appliquer un même régime à deux éléments liés entre eux (c'est la théorie du principal et de l'accessoire). Si on adopte la vision objective il faudra du fait de l'article L 110-1 alinéa 9 faire une petite place à la vision subjective.

L'approche subjective fonctionne-t-elle mieux ? L'article L 110-1 exige que certains actes soient effectués en entreprise ; pour les autres actes il est rare qu'ils soient des actes de commerce s'ils sont exercés isolément. Les tribunaux exigent en effet la répétition de l'acte pour qualifier quelqu'un de commerçant. Dès lors les tribunaux sont conduits à rechercher l'activité habituelle puis ils se demandent si c'est une activité commerciale.

Tout se passe comme si le mot entreprise se retrouvait à chacun des 9 premiers alinéas de l'article L 110-1. On est conduit par la vision subjective à considérer que l'article L 110-1 énumère des activités ou entreprises commerciales. La définition de l'acte de commerce viendrait donc après.

On voit que l'on peut avoir deux lectures différentes de cet article. Dans cette vision subjective il y a un problème : certains actes de commerce le sont en eux-mêmes, ce sont des actes de commerces objectifs, qui sont " de commerce " même s'ils ne sont pas exécutés en entreprise ; c'est notamment le cas de l'activité citée par l'article L 110-1 10° " entre toute personne les lettres de change ". Ici la qualification d'acte de commerce ne découle pas et ne suppose pas la qualité de commerçant de celui qui l'exerce. Cet article L 110-1 est au cœur de nombreux débats.

Comment définir en conclusion le domaine du droit commercial ? On ne peut pas trancher et ne garder qu'une vision, chacune nécessite de laisser place à l'autre. Aucune approche n'est parfaite. Le plus raisonnable est de faire sa part à l'une et l'autre approche. De plus quelque soit la théorie proposée les résultats sont largement les mêmes. On va donc retenir une approche syncrétiste. On va définir les entreprises soumises au droit commercial puis on verra les actes de commerce.

A. Les entreprises soumises au droit commercial :

Il y a deux types alternatifs d'entreprises soumises au droit commercial :

- Les entreprises commerciales par la forme.
- Les entreprises commerciales par l'objet.

- *La commercialité par la forme* : elle ne concerne que les sociétés. Il y a plusieurs formes sociales et certaines sont par nature commerciales : la SNC, la société en commandite simples, la SARL et les sociétés par actions (SA, SAS, société en commandite par actions). Ce sont des entreprises qui à raison de la forme sociale qu'elles ont choisie ont une nature commerciale. Tous les actes accomplis par ces sociétés sont des actes de commerce. Ex : un agriculteur qui exploite un domaine agricole n'est pas commerçant mais s'il passe en SA il est alors commerçant. Cette commercialité par la forme est imparfaite.
- *La commercialité par l'objet* : ce critère ne s'applique qu'aux entreprises exploitées par des personnes physiques (entreprises individuelles), elles sont beaucoup plus nombreuses que les entreprises exploitées en société, ici la commercialité dépend de l'objet de l'activité qu'elle poursuit. Ici qui est commerçant ? Deux conditions :

Est commerçant le *professionnel indépendant* : c'est ce qui le distingue d'un salarié. Il faut agir dans un *but lucratif*, il faut rechercher un bénéfice donc une association n'a pas la qualité de commerçant.

Ces deux conditions sont nécessaires mais pas suffisantes : la 1ère condition est communes à toutes les entreprises et la 2ème ne suffit pas car toute entreprise qui recherche un bénéfice n'est pas forcément commerciale ex : notaire, médecin. Il faut donc un 3ème critère : *Accomplir de manière habituelle des actes de commerce par nature* : ceux énumérés par l'article L 110-1 du code de commerce.

Comment lire cet article ? On a déjà un peu vu ce problème : cet article énumère-t-il des actes ou des entreprises ? On retrouve des actes exercés en entreprise et d'autres isolément.

Quels sont les différents types d'actes énumérés par l'article L 110-1 :

Les actes exercés en entreprise : location de meuble, manufacture, commission ... il faut consulter l'article L 110-1 al 4 5 et 6.

Les actes de commerce à titre isolé : tout achat de biens meubles pour les revendre, les intermédiaires, les activités de banque, de courtage... On parle alors d'actes de commerce à titre isolé. Le texte ne subordonne pas dans ce cas la commercialité de l'acte à une condition supplémentaire de répétition. Lorsque l'acte est accompli par un non commerçant il est civil donc en application de la théorie de l'accessoire tous les actes juridiques exercés sont civils.

Notons de plus que les tribunaux n'admettent quasiment jamais qu'un acte accompli isolément soit un acte de commerce ; la commercialité n'est retenue que s'il y a caractère spéculatif mais cela nécessite une répétition. En pratique la question se pose surtout pour les ordres d'achat et de vente en bourse ; normalement c'est juste une gestion normale de patrimoine personnel donc c'est civil ; il peut néanmoins y avoir un acte de commerce si la spéculation est établie et cela suppose une fois de plus la répétition.

Retenons qu'un acte unique isolé : achat massif en bourse peut être regardé comme ayant un caractère commercial, la commercialité isolé est rare mais elle existe. Il faut donc faire une petite place à une conception objective du droit commercial.

Quelles sont les activités commerciales énumérées par l'article L 110-1 :

On peut les regrouper en deux types d'activités :

Les trois premiers alinéas traitent d'activités de fourniture de biens.

Les 6 alinéas suivants traitent d'activités de fourniture de services.

⇒ Pour la fourniture de biens :

L'achat de biens meubles pour les revendre : c'est l'acte de commerce par excellence.

L'achat de biens immeubles aux fins de les revendre à moins que l'acquéreur n'ait agi en vue d'édifier un ou plusieurs bâtiments et de les vendre en bloc ou par locaux. Cela date d'une loi de 1967 qui a introduit cette précision, jusque-là, tout ce qui touchait à l'immobilier était exclu du droit commercial. Les choses ont évolué au XXème : l'immobilier est devenu un objet de spéculation, on a donc accordé la qualité de commerçant aux marchands de biens ce qui permet de leur appliquer entre autre les procédures collectives. Il faut comme pour les meubles un achat pour revendre : si on achète puis qu'on loue ou conserve ce n'est pas un acte de commerce c'est une loi de 1970 qui a introduit cette exception " ne sont pas commerçants ceux qui agissent en vue d'édifier un ou plusieurs bâtiments et de les vendre en bloc ou par locaux " Les promoteurs personnes physiques n'ont pas une activité commerciale ils échappent au droit commercial.

L'activité de location de biens meubles énoncée par l'article L 110-1 alinéa 4 est une catégorie ancienne ; on loue beaucoup de choses (voitures, animaux ...). On se base sur le critère de la circulation de richesse. Il faut que l'on soit en présence d'un bien mobilier. La location d'immeubles est incompatible avec le droit commercial.

⇒ Les activités de fourniture de services :

Les entrepreneurs de manufacture (vieux terme désignant le travail matériel effectué sur un bien quelque soit le travail). Ex : les entrepreneurs de construction, les plombiers, il y a un autre critère différent qui permet de soumettre les artisans au droit privé.

Les transporteurs (alinéa 5) : les professionnels dont l'activité est de déplacer des personnes ou des marchandises peu importe les moyens de transport.

Les entreprises de spectacle public

Les banquiers et les changeurs.

Les entrepreneurs de fourniture : c'est une catégorie générale. Aujourd'hui ça permet de rendre commerciales des activités nouvelles.

La liste de l'article L 110-1 du Code de Commerce n'est pas une liste limitative. On peut étendre en pratique les actes en utilisant les catégories floues. Ex : assureur, installateur de matériel sportif.

B. Les actes de commerce :

Quels sont-ils ? Si l'on pose cette question c'est car les actes de commerce sont soumis à certaines règles, il faut donc indiquer ce qui les caractérise. La plupart sont des actes accomplis par des commerçants car ils exigent la répétition. Mais certains actes sont commerciaux en eux-mêmes, objectivement bien qu'ils soient accomplis isolément.

⇒ Les actes accomplis par un commerçant :

Tous les actes juridiques accomplis par une personne ayant la qualité de commerçant par l'objet ou la forme sont des actes de commerce. C'est le cas des actes de commerce qui forment l'essence : les actes de commerce par nature de l'article L 110-1. Ces actes confèrent la commercialité, c'est aussi le cas de tous les autres actes qu'un commerçant exécute pour les besoins de son activité, que ces actes soient ou non dans la liste de l'article L 110-1 (ex : achat de matériel ou d'équipement, ex 2 : conclusion d'un contrat d'assurance par un transporteur pour un véhicule), on parle pour ces actes là d'actes de commerce par accessoire (ils suivent le principal).

Il existe une présomption de commercialité sur tous les actes accomplis par un commerçant, c'est une présomption simple qui tolère la preuve contraire. Cette présomption amène à préciser que la théorie de l'accessoire vise aussi les délits commis par les commerçants (ex : activité de concurrence déloyale) ; ces actes seront donc aussi de la compétence des tribunaux de commerce (article L 110-1 al 9 : une obligation peut-être conventionnelle ou extra conventionnelle).

Taler disait : " La commercialité part de l'acte et frappe la personne, puis en vertu d'un choc en retour elle retombe sur les actes afin d'en saisir le plus grand nombre ".

Cette règle de l'accessoire a des limites, elle ne s'applique pas quand des contentieux sont réservés à une autre juridiction par un texte particulier.

Ex : le contentieux du contrat de travail relève des prud'hommes.

Ex 2 : le contentieux de la sécurité sociale relève de juridictions spécialisées.

Ex 3 : le contentieux fiscal relève selon le type d'impôts des juridictions civiles ou administratives Ex 4 : le contentieux des accidents de véhicules automobiles relève des tribunaux civils d'Instance et de Grande Instance.

La théorie de l'accessoire joue ici dans l'autre sens et on parle alors de la théorie " de l'accessoire Civil ". Lorsque l'activité principale est civile, tous les actes accessoires qui s'y rattachent sont civils même si pas nature ils sont commerciaux (actes cités par l'article L 110-1). Ex : un peintre qui achète des toiles pour les revendre une fois peintes exerce une activité civile (intellectuelle), il n'est pas commerçant.

Pourquoi parle-t-on d'actes de commerce objectifs ? Car ils ont une nature commerciale indépendamment de la qualité de leur auteur, ces actes sont commerciaux alors que la personne qui les accomplit n'est pas commerçante. Ces actes ne supposent pas la qualité de commerçant à la différence des actes de commerce par accessoire. Ils ne confèrent pas la qualité de commerçant. Il s'agit le plus souvent d'actes de commerce isolés. Il ne faut pas les confondre avec les actes de commerce à titre isolé de l'article L 110-1, ceux qu'on ne subordonne pas à la répétitivité.

Ici la nature commerciale n'est pas discutée alors même qu'ils sont accomplis à titre isolé et qu'ils sont exercés par des non commerçants (on déroge à la théorie de l'accessoire civil). Ces actes sont relativement peu nombreux :

⇒ Les actes relatifs au fonctionnement de l'entreprise : dès qu'il y a entreprise commerciale il faut que les tribunaux de commerce soient compétents quelque soit les personnes en cause. L'acte tendant à créer un fonds de commerce ex : litige qui porte sur un contrat d'achat vente de fond de commerce. Est-ce un acte de commerce pour le non commerçant qui n'a pas

encore acheté le fonds ? Bien qu'il ne soit pas commerçant on dit qu'il y a acte de commerce ; on pourrait parler d'accessoire commercial objectif.

⇒ 2ème type d'actes : les actes relatifs à une opération commerciale.

Ex : un chèque, un billet à ordre emprunte le caractère de la dette en raison de laquelle il a été émis. Si la dette est commerciale le chèque est commercial.

Ex 2 : Idem pour le gage.

Ex 3 : le cautionnement a un caractère commercial s'il garantit une dette commerciale alors même que celui qui conclue n'est pas commerçant, s'il a été consenti dans un but intéressé.

Ex : le dirigeant de société qui se porte caution des dettes sociales.

Y a-t-il un critère général de la commercialité ? On va évoquer des notions classiques : y a-t-il un fil directeur aux différentes activités énumérés par l'article L 110-1 du Code du Commerce ? Y a-t-il un critère qui permet de savoir si on est dans le commerce ? 3 critères ont été avancés et aucun n'est satisfaisant :

Le critère de la spéculation : ex : la jurisprudence refuse d'appliquer la rigueur du droit commercial aux artisans car ils ne spéculent pas. C'est ce critère qui explique cette exclusion. Les artisans tirent leurs revenus de leur travail personnel. Ce critère semble pouvoir marcher. De même un simple particulier peut être qualifié de commerçant dès lors qu'il spéculé, le risque de requalification existe. Ce critère marche à certains égards ex 3 : une association loi 1901 n'a pas pour but de partager les bénéfices, ceci dit elle peut faire des actes de commerce si elle exploite directement un établissement à but lucratif ; dans un cadre spéculatif son activité et ses actes sont commerciaux (on parle des actes et non pas de la personne de l'association). Ceci dit ce n'est pas le fil directeur recherché car c'est un critère beaucoup trop large car : cette activité spéculative est le fait de toutes les entreprises commerciales ou civiles or les entreprises civiles ne sont pas commerciales donc on peut avoir une activité spéculative sans être commerçant.

2ème critère : *le critère de l'entremise* : c'est la thèse célèbre de Toler ? Dans son traité de droit commercial de 1931 il a proposé de voir dans l'acte de commerce un acte d'entremise dans la circulation de richesses. C'est vrai que ce critère marche : ceux qui sont au bout de la chaîne et qui ne s'entremettent pas ne sont pas commerçants (ex : agriculteur, consommateur) ; c'est simpliste et il y a de nombreuses exceptions ex : une activité d'exploitation d'une mine (c'est commercial et non civil), autre exemple : le promoteur immobilier. Ce critère est dépassé, il correspond à une conception étroite du droit du commerce.

3ème critère général : *le critère de l'entreprise* : il y aurait derrière chaque possibilité de l'article L 110-1 une activité en entreprise, en effet rare sont les actes de commerce isolés et pourtant il y en a donc ce critère est trop large, de plus il existe des entreprises civiles.

Conclusion : il n'y a pas de vrai critère général de la commercialité. On peut essayer de cerner la réalité en combinant les critères mais on ne peut pas complètement en rendre compte. Il y a

des spécificités irréductibles et ça tient de l'histoire et de la tradition qui estime certaines activités comme civiles.

§ II: L'originalité du droit commercial :

Idée introductive : cette originalité n'est plus ce qu'elle était. Il y a une perte relative de l'originalité du fait de la tendance à l'unification du droit des entreprises. L'originalité reste néanmoins une donnée fondamentale du paysage juridique Français et nous savons pourquoi : l'existence des tribunaux de commerce fait obstacle à une unification totale.

A. Le maintien de l'originalité :

On dit qu'il y a de l'originalité dans le droit commercial chaque fois que la nature commerciale de l'acte ou de l'entreprise commande une autre solution que celle du droit commun. Ex : il y a le fonds de commerce qui n'existe qu'en matière commerciale. On en parlera après.

Voyons les autres règles qui constituent l'originalité, on obtient un catalogue de solutions qui se rapportent aux actes de commerce et aux litiges individuels qui intéressent les commerçants. On dit que ces règles sont destinées à satisfaire des besoins de rapidité et de sécurité inhérente à la vie des affaires. Enumérons brièvement des différentes règles :

- *La compétence des tribunaux de commerce.* Ce sont des juridictions consulaires composés de juges élus. On se pose souvent la question de la commercialité ou non d'un acte pour connaître les juridictions compétentes en cas de litige. Si on a un acte de commerce c'est le tribunal de commerce qui est compétent.
- *La prescription :* elle est de 30 ans en matière civile (article 2262 du Code Civil) et elle n'est que de 10 ans en matière commerciale. Il existe néanmoins beaucoup de prescriptions plus courtes dans les deux domaines dont : une action de 2 ans pour " l'action des marchands pour les marchandises qu'ils vendent aux particuliers " (article 2272 al.4). Ce n'est pas original ex : l'action en paiement des honoraires du médecin est aussi enfermée dans une prescription de deux ans (article 2272 al 3 du Code Civil). Il y a aussi en matière commerciale une série de prescriptions de 1 an (annales) comme par exemple pour les contrats de transport et toutes les actions liées.
- *La preuve des actes de commerce :* elle est libre entre commerçants, il n'y a pas de formalisme probatoire en matière civile. La preuve est libre " entre commerçants " il y a ici une donnée subjective (article L 110-3 du Code de Commerce). Ex : un commerçant doit tenir une comptabilité et il pourra s'en servir pour apporter une preuve. Ex 2 : en matière civile l'article 1328 dispose qu'il y a exigence d'une date certaine pour certains documents, donc il faut recourir à l'enregistrement, cette formalité est inutile en droit commercial car une date sur un contrat commercial est donnée comme certaine.
- *La solidarité :* quand il y a plusieurs débiteurs et un seul créancier en droit civil l'obligation est disjunctive : le créancier ne peut réclamer à chaque débiteur que sa part. En matière commerciale c'est différent chacun des débiteurs est tenu de la totalité de

la dette. C'est un usage venant de l'ancien droit et il est contraire à l'article 1202 du Code Civil. C'est appréciable pour le créancier commerçant.

- *La clause compromissoire* : c'est une clause par laquelle on stipule avant la naissance d'un litige qu'il sera de la compétence d'un " juge privé ", d'une juridiction arbitrale (article 1442 du NCPC). L'originalité consistait en ce que cette clause était valable dans les actes de commerce, mais réputée non écrite dans les actes civils. Au contraire " les compromis d'arbitrage " sont toujours valables. La loi NRE du 15/05/2001 a modifié l'article 2061 du Code Civil qui désormais énonce que la " clause est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle ". On est passé d'une possibilité réservée aux commerçants à une solution ouverte à tous les entrepreneurs commerçants ou non ; c'est devenu une originalité du droit de l'entreprise. Cela montre la fragilité des frontières du droit de l'entreprise.
- *L'anatocisme (capitalisation des intérêts)* : l'article 1154 du Code Civil pose que l'anatocisme ne peut être opéré que pour une année entière au minimum. Cette règle est spécifique au droit civil et ne s'applique pas au droit commercial.
- *Le mécanisme de la réfaction* : en matière civile le juge a le choix entre tout ou rien : il ne peut pas modifier le contrat. En matière commerciale le juge peut refaire le contrat en diminuant le prix en considération de son inexécution partielle.

Signalons enfin que les règles particulières que l'on vient de voir s'appliquent quand l'acte est commercial du côté du débiteur comme du côté du créancier. Mais un acte peut être commercial pour une partie et civile pour l'autre. Ces actes particuliers sont appelés des actes mixtes (actes conclus entre d'une part un commerçant et d'autre part un non commerçant). Ces actes sont très nombreux. C'est un contrat passé entre un commerçant qui agit pour les besoins de son entreprise et un non commerçant. Ces actes ont deux visages :
Pour l'un c'est un acte commercial.
Pour l'autre c'est un acte civil.
On applique un système distributif : on applique le droit commercial au commerçant et au non commerçant on applique le droit civil.

Par exemple, en cas de litige, si c'est le commerçant qui agit en justice, il devra attirer son adversaire devant les tribunaux civils (on ne peut pas appliquer le droit commercial à un non commerçant). Si c'est le non commerçant qui est demandeur il a le choix de porter l'action devant le tribunal de commerce ou le tribunal civil. De même pour la preuve : l'engagement du commerçant pourra être prouvé par tous moyens.
Ce principe de distributivité n'est pas toujours possible car on ne peut pas toujours partager les règles. Ex : en matière de prescription. Dans un tel cas on applique un même régime aux deux. Ex : ce qui veut dire que la clause compromissoire quand elle était nulle pour les non commerçants on ne l'appliquait pas aux commerçants. Pour la prescription c'est celle de 10 ans qui régit l'acte mixte.

Deux précisions :

Il ne faut pas confondre acte mixte et contrat de consommation. Un acte mixte n'est pas forcément un acte conclu avec un consommateur : un non commerçant n'est pas forcément un consommateur (société civile, agriculteurs...).

Il y a des actes de commerce objectifs qui peuvent être conclus entre deux personnes dont aucune n'a la qualité de commerçant. Ex : cautionnement commercial, vente de fonds de commerce, cession de parts sociales de société qui entraîne une cession du contrôle. Lorsque ces actes sont passés entre non commerçants ce n'est pas un acte mixte mais un acte de commerce objectif, donc, les règles du droit commercial s'appliquent (ex : le tribunal de commerce sera toujours compétente). Mais certaines règles sont écartées car certaines des règles qui constituent les actes de commerce objectifs sont limités à la qualité de commerçant des personnes qui concluent ces actes (ex : la preuve).

B. Le déclin de l'originalité :

Il concerne surtout les obligations applicables au commerçant. A l'origine ces obligations pesaient sur les commerçants. A l'origine ces obligations pesaient sur les commerçants en tant que tels, elles leur étaient particulières (d'un côté les commerçants, de l'autre les non commerçants). On peut toujours aujourd'hui citer des obligations qui restent particulières aux commerçants :

- Les textes imposent aux commerçants d'avoir un compte en banque ou postal.
- Les commerçants doivent (selon une loi du 22 Octobre 1940) régler leurs dettes par chèque au-delà de 750 €.
- Les anciennes obligations particulières aux commerçants s'appliquent aujourd'hui à quasiment tous les professionnels. Ex :
- L'immatriculation sur un registre.
- Les procédures collectives.

Ces obligations traditionnellement typiquement commerciales n'ont plus qu'une faible spécificité.

Seul échappe à ces obligations l'exercice d'une profession libérale en individuel. En dehors, toutes les autres entreprises individuelles et les personnes morales de droit privé commerciales ou civiles sont soumises à ces obligations.

Ex 2 : Les obligations comptables : c'est la plus ancienne marque de la commercialité.

Le déclin est un peu moins net car dans l'immense majorité des cas c'est réservé aux commerçants mais ça ne leur ait pas réservée exclusivement ; ex : les personnes morales de droit privé qui dépassent un certain seuil de bénéfices ou de chiffre d'affaire doivent tenir une comptabilité. Ex 3 : Le déclin est achevé en ce qui concerne les nombreuses obligations qui, aujourd'hui, pèsent sur toutes les entreprises et pas seulement les commerçants. On ne peut même plus parler de droit commercial, on est en présence d'un droit unifié de l'entreprise. Quelles sont ces obligations ?

On va voir ce que recouvrent les entreprises civiles et quelles sont les obligations communes.

Section II : Les entreprises civiles :

L'idée générale est ici qu'il existe un certain nombre d'entreprises, d'activités (agricoles, artisanales et intellectuelles) qui sont exclues par la tradition du droit commercial. Les entreprises qui se consacrent à ces activités sont exploitées par des professionnels qui ont beaucoup de points communs avec les professionnels commerçants : Ils agissent avec la volonté de rechercher un bénéfice (notaire, médecin, agriculteur). Ce point est important car le but lucratif est un des critères proposés comme fil directeur de l'article L 110-1. La recherche d'un profit est peut être un critère général d'un acte de commerce sauf s'il tient à une activité agricole, artisanale ou intellectuelle.

Il ne faut pas confondre activité économique (plus large) et but lucratif ; il y a des entreprises qui ne recherchent pas le bénéfice (coopératives, mutuelles, associations qui ont une activité économique mais n'ont pas pour but la recherche et le partage de bénéfices). Voyons les professions autres que commerciales par ordre d'importance.

§1 Les agriculteurs : C'est un secteur très important car il comprend 650.000 exploitations. Il existait ce secteur agricole bien avant l'apparition du secteur commercial et il s'est toujours différencié de lui. Au siècle dernier il était régi par le Code Napoléon puis le Code Civil et depuis il s'est développé un droit rural spécifique qui garde ses distances avec le droit commercial.

Quelle est la spécificité du secteur agricole ? Les conditions de travail sont particulières du fait des contraintes naturelles et des structures essentiellement familiales. Cette spécificité ne doit pas être exagérée, il y a eût en 1950 la révolution agricole avec la modernisation accélérée des exploitations agricoles (avec la machinisation). Cela a contraint les agriculteurs à s'endetter et ils ont dû augmenter leur productivité et leur production : ils sont donc confrontés à des problèmes de crédits, de marchés, de débouchés. Ils sont aussi confrontés au durcissement de la PAC et aux engagements internationaux.

Tout cela fait que les agriculteurs appartiennent au monde économique. Les exploitations agricoles sont devenues de véritables entreprises. Comme toutes les entreprises un nombre croissant d'entreprises agricoles connaissent des difficultés de trésorerie ou de financement que le droit civil classique ne permet pas de résoudre. On se demande comment leur appliquer les procédures collectives : au début des années 1970 les tribunaux ont qualifié certaines activités comme commerciales (élevage ...).

En 1988 le législateur a changé la donne, une grande loi du 30/12/1988 a rapproché le statut des agriculteurs de celui des autres entreprises (professionnels indépendants), elle a réaffirmé le caractère civil de l'activité agricole. " Les activités agricoles ont un caractère civil " article L 311-1 du Code Rural mais ce caractère civil a perdu beaucoup de ses inconvénients et c'est ce qui explique qu'on est retenu une définition large.

A. La définition des activités agricoles :

Qu'est ce qu'un agriculteur ? C'est celui qui exerce à titre habituel des activités agricoles. La loi précise les critères caractéristiques des activités agricoles. Il y a deux critères alternatifs qui sont concevables :

⇒ Le critère traditionnel restrictif selon lequel ne sont agricoles que les activités se rattachant à l'exploitation du sol.

⇒ Autre critère : Sont également agricoles toutes les activités qui consistent en la transformation d'un organisme vivant animal ou végétal.

Si on s'en tient au 1er critère : l'élevage hors sol est une activité agricole s'il est réalisé avec les produits du sol, ça devient civil si les produits utilisés pour élevage sont achetés. Avec le second critère l'élevage hors sol est toujours agricole dans tous les cas s'il dure assez longtemps (cycle biologique de caractère animal ou végétal).

C'est le second critère (article R 311-1 du Code Rural) qui a été retenu. Par ailleurs il y a place pour des *activités agricoles à titre accessoire* : la loi en énumère deux :

⇒ Les activités se situant dans le prolongement de l'activité principale (distribution ou transformation).

⇒ Les activités de service qui ont pour support l'exploitation agricole (tourisme à la ferme, travaux pour autrui avec son propre matériel ...).

En revanche toutes ces activités agricoles par accessoire deviennent commerciales (activité de manufacture selon l'article L 110-1) dès lors qu'elles prennent une place plus importante que l'activité agricole principale : elles ne sont civiles qu'en application du critère de l'accessoire subjectif.

B. Le rapprochement des agriculteurs et des autres entreprises :

Il date de la loi de 1988 : cette loi a réaffirmé le caractère traditionnel civil des activités agricoles. Le législateur de 1988 a en plus prévu l'application de certaines règles inapplicables au secteur civil :

⇒ Création d'un registre de l'agriculture sur le modèle du RCS ou du répertoire des métiers.

On doit y immatriculer toute activité agricole. Cette immatriculation est une marque traditionnelle de la commercialité. La mise en place de ce registre pose problème.

⇒ Mise en place d'une procédure de règlement amiable (article 22 de la loi de 1988), elle est destinée à prévenir les éventuels conflits et à les régler.

⇒ On a octroyé à tous les agriculteurs le droit de la faillite : droit de ne pas payer ses dettes lorsque l'activité ne s'avère plus viable. Tous les agriculteurs personnes physiques ont ce droit. L'admission des exploitants agricoles au bénéfice de cette procédure est une manifestation de l'unité avec le droit commercial.

Une loi postérieure du 1/02/1965 dite de modernisation de l'agriculture posait que le gouvernement avait un certain délai pour présenter un rapport sur les avantages et inconvénients du caractère civil donné aux activités agricoles. Cette piste a été abandonnée par une loi du 9/07/1999 qui a confirmé les solutions antérieures.

§2 Les artisans :

C'est une notion très récente qui était inconnue dans l'ancien droit ou dans le code de commerce de 1807. Ce sont les tribunaux qui au cours du XIX ont décidé qu'il fallait distinguer des commerçants proprement dit les artisans " modestes travailleurs vivant essentiellement de leur activité personnelle " : on les mettait à part pour ne pas leur appliquer les rigueurs de la loi commerciale.

Une fois que la notion a été créée on l'a utilisée après la 1ère guerre mondiale, le législateur par une loi de 1925 a créé les chambres des métiers puis le registre des métiers et le régime administratif du secteur " dit des métiers " a été périodiquement rénové (décret du 2/04/1998).

L'artisanat aujourd'hui n'est pas un appendice de l'industrie, c'est un secteur à part entière avec 800.000 entreprises artisanales dont 40% dans le bâtiment ; ce qui représente 10% de la population active et 240 métiers différents. C'est très important et c'est à mi chemin entre ouvrier et patrons.

Attention car beaucoup de ces artisans au sens de professionnels du secteur des métiers sont aussi des commerçants, il faut préciser la façon dont on parle d'artisan :

Au sens du droit professionnel il relève du secteur des métiers et peut aussi avoir la qualité de commerçant.

Ce qui nous intéresse c'est l'artisan au sens du droit privé qui par définition n'est pas un commerçant.

A. Les personnes relevant du secteur des métiers :

Il existe un secteur du métier et son organisation est calquée sur celle du secteur commercial. Il existe des chambres de commerce et de la même façon on a créé des chambres des métiers qui sont des établissements publics composés de membres élus par les artisans. Ces chambres délivrent des diplômes d'artisan ou de maître artisan : c'est un titre qui sanctionne un certain niveau de qualité. Il y a aussi un répertoire des métiers qui est le pendant du registre du commerce. Sur ce répertoire des métiers doivent être inscrits toutes les personnes physiques ou morales qui remplissent les conditions fixées par les textes :

- ⇒ Employer moins de 10 salariés (on ne compte pas les parents, les conjoints et les apprentis).
- ⇒ Avoir une activité professionnelle indépendante.
- ⇒ Que cette activité soit une activité de production, de transformation, de réparation ou de prestation de service à l'exclusion de l'agriculture et de la pêche.

Ces activités relèvent de l'énumération de l'article L 110-1. Ces personnes sont donc en même temps des commerçants. Ils doivent donc être aussi inscrits au RCS. Il s'agit de réalités différentes. L'inscription au répertoire des métiers n'a qu'une valeur administrative ; ça n'a pas de conséquence de droit privé. Ça sert à obtenir l'application d'un certain nombre de règles avantageuses : Application du droit professionnel, Participer aux élections aux chambres des métiers,

Il peut bénéficier des dispositions appliquées pour la formation professionnelle,

Il peut obtenir le titre d'artisan ou de maître artisan dans son métier,

Il peut prétendre être artisan, aux primes de reconversion...

Toutes les personnes inscrites ne peuvent pas pour autant prétendre au titre d'artisan, au-dessous il y a un agent économique qui exerce légalement son activité sans avoir le titre d'artisan.

B. Les artisans au sens du droit privé :

Idée de départ : tous les professionnels inscrits au répertoire des métiers ne sont pas des artisans, la plupart cumule leur appartenance au répertoire des métiers et la qualité de commerçant. Ce sont des commerçants qui jouissent de certains avantages particuliers.

Pourquoi certains ne sont-ils pas des commerçants ?

Parce que leur activité est étrangère à la liste des activités de l'article L 110-1 du Code de Commerce. C'est rare notamment avec l'inclusion de catégories aussi larges que les entreprises de manufacture et de fourniture.

Cas où l'intéressé exerce une des activités qui figurent à l'article L 110-1 pourtant néanmoins la règle est qu'il peut ne pas être commerçant pour autant, il est alors exclu du droit commercial.

La notion d'artisan non commerçant :

Pour caractériser le commerçant, on tient compte de la nature de l'activité donc selon ce critère il n'y aurait aucune place pour des activités non commerciales ; tous devraient être commerçants : ce sont des professionnels indépendants qui effectuent de manière habituelle et lucrative des actes de commerce par nature de l'article L 110-1.

On applique donc un autre critère : pour distinguer artisan et commerçant on distingue la façon dont l'activité est exercée : *L'artisan au sens privé est celui qui exerce une activité manuelle sans un matériel trop perfectionné, et sans un personnel trop nombreux.* Ce critère est très flou.

Tout est question d'espèce et dans la pratique ce sont les tribunaux qui à chaque litige décide si l'artisan est ou non commerçant. Ex : un mécanicien avec quelques apprentis est un artisan alors qu'un mécanicien avec beaucoup de salariés et qui exerce en société est un commerçant. L'artisan ne doit spéculer ni sur les machines ni sur le travail d'autrui, ni sur un produit.

L'exclusion de l'artisan du droit commercial :

On veut les protéger, par faveur on ne leur applique pas les règles dites " de rigueur " du droit commercial. L'artisan au sens du droit privé n'est pas un commerçant donc il échappe au droit commercial et relève de la compétence des tribunaux civils sauf pour ce qui est de redressement et de la liquidation judiciaire.

Par exemple : ne s'applique pas à lui les restrictions au droit de devenir commerçant ex : un mineur ne peut pas être commerçant mais il peut être artisan. Les règles particulières sur les actes de commerce ne s'appliquent pas ç lui.

Ne s'appliquent pas non plus à lui les obligations qui pèsent sur le commerçant (ex : la comptabilité). Pour l'application de toutes ces règles il est très important de distinguer artisan et commerçants.

Ce principe d'exclusion, de l'artisan au sens du droit privé, du domaine commercial est cependant relatif car il serait contraire à l'objectif de ne pas le faire bénéficier des règles avantageuses du droit commercial. L'évolution tend à rapprocher ici aussi le statut des personnes relevant du secteur des métiers (artisan au sens du droit privé) de celui des commerçants.

Ex : le législateur fait bénéficier les artisans de la possibilité de mettre leur fonds artisanal en location gérance.

Ex2 : Ils bénéficient de la propriété commerciale des locaux où ils exercent.

Ex 3 : Ils bénéficient de l'attribution préférentielle en cas de partage successoral.

Ex 4 : Ils bénéficient du statut des conjoints en matière commerciale.

Ex 5 : Depuis 1985-1986 on applique aux artisans la procédure collective de redressement ou de liquidation judiciaire.

§3 Les professions libérales et intellectuelles :

C'est un secteur numériquement plus restreint mais sociologiquement important. Il s'agit notamment des professions juridiques et judiciaires, médicales et comptables ; mais il y a aussi dans cette catégories : les écrivains, chanteurs.... Ce sont des gens avec une activité libérale ou intellectuelle.

Ces professions ont en commun d'entretenir un prestige hérité du passé qui se manifeste jusque dans le vocabulaire ; ainsi on parle : d'étude ; de cabinet, de recettes, d'honoraires. Il y a une terminologie, ce sont des professions où les éléments intellectuel et personnel sont importants. L'homme de l'art doit inspirer confiance : son honorabilité est garantie par :

- Un code de déontologie.
- Contrôle des pairs au sein d'un ordre professionnel avec un conseil de discipline.
- Obligation d'un secret professionnel.

□ Diplôme attestant de la qualité.

Cette confiance particulière qui unit le professionnel libéral et son client fait que pendant longtemps on lui a interdit de monnayer sa clientèle. C'est hypocrite car il faut qu'il recapitalise et en plus il faut des équipements lourds ce qui conduit à s'endetter et à se regrouper en sociétés qui peuvent vendre leur parts.

Il y a eu un revirement sur la vente de clientèle par les professionnels libéraux (par un arrêt de la Cour de Cassation du 7/11/2000 Civ 1ère), la vente est maintenant autorisée. Une loi de 1990 a donné aux entreprises du secteur libéral la possibilité de trouver des capitaux externes et de louer des biens d'intérêt commun. Ce sont des sociétés commerciales par la forme mais qui relèvent (article 411-6 du code de l'organisation judiciaire) de la seule compétence des tribunaux civils.

Section III : Les obligations communes :

L'idée à l'origine est que les entreprises commerciales font courir des risques à leurs co-contractants, mais elles ne sont pas les seules. Ces risques là les entreprises civiles les font naître également parce que elles aussi drainent de l'argent et assure des emplois et c'est pour cela qu'au fil des années on a remis en cause le fait que certaines obligations soient réservées aux commerçants, car elles étaient trop à l'étroit dans leur cadre et elles correspondaient aussi aux entreprises civiles.

Le législateur avait déjà élargi dès 1983 pour les sociétés par actions, pour les SA en 1925 et en 1966 pour les SNC en adoptant le critère de la commercialité par la forme. L'évolution récente s'est faite dans deux directions différentes :

Les textes ont étendus à une partie du secteur non commercial des règles qui par tradition étaient commerciales. Il s'agit essentiellement des personnes morales (entreprises les plus importantes).

Les textes ignorent la distinction droit civil / droit commercial. Ils adoptent des règles qui sont déclarés communes à toutes les entreprises, tous les professionnels, toutes les activités économiques.

§ I : Les obligations communes à tous les commerçants et certaines entreprises non commerciales :

Quelles entreprises non commerciales sont concernées par ces règles ? Il suffit d'imaginer des cercles concentriques :

⇒ Le cercle le plus large (à l'extérieur) comprend : toutes les catégories d'entreprises : toute personnes morale est assujettie en tant que telle à des obligations : Inscription au RCS.

⇒ Le 2ème cercle en partant de l'extérieur (plus petit) comprend : toute personne morale de droit privée est tenue : A la procédure d'alerte interne.

A la procédure collective : redressement et liquidation judiciaire.

⇒ Le 3ème cercle depuis l'extérieur (encore plus petit) : toute personne morale de droit privé ayant une activité économique est soumise :

Aux sanctions de la faillite personnel : sanction professionnel qui frappent le dirigeant.

Les dirigeants sont assujettis au droit pénal de la banqueroute.

⇒ Le 4ème cercle depuis l'extérieur (toujours plus petit) comprend : toute personne morale de droit privé ayant une activité économique et une certaine importance économique a une :

Obligation de tenir une comptabilité.

Obligation d'avoir un commissaire aux comptes.

Obligation d'avoir une comptabilité prévisionnelle : permet d'être informé par avance des différentes difficultés pour les prévenir.

D'où viennent ces formules ? Des textes, cette extension au-delà du secteur commercial ne s'est faite que pour les entreprises exploitées sous forme de sociétés. Une même extension a été faite pour les personnes physiques comme les agriculteurs. Tout se passe ici comme si le législateur disait que peu importe la forme et l'habit juridique.

A partir d'une certaine taille ou dès qu'il y a activité professionnelle ou du simple fait de l'existence de la personne morale il faut pour certaines règles appliquer les mêmes règles que pour les sociétés commerciales.

A. Le RCS :

Il est relativement récent : au XIX au lendemain de la révolution, on ne voulait pas remettre en place les corporations, on prônait la liberté du commerce et de l'industrie. Il n'y avait pas de documents officiels d'où des problèmes au lendemain de la 1ère guerre mondiale : lorsque l'on a voulu recenser les entreprises et découvrir la nationalité des exploitants.

En 1919 une loi a donc institué le registre du commerce où chaque commerçant doit se faire immatriculer quelque soit sa nationalité. C'était un répertoire administratif à finalité statistique. Aujourd'hui il est un vrai support de " L'état civil " des entreprises. De plus ce n'est plus un registre seulement des commerçants car de nombreuses personnes morales non commerçantes sont tenues de s'immatriculer comme toutes les personnes civiles, il faut s'inscrire pour avoir la personne juridique.

En 1978 il est devenu le RCS, les GIE sont aussi tenus de s'immatriculer. Toutes ces dispositions sont aux articles L 123-1 et suivants du Code de Commerce.

1. L'organisation du RCS :

C'est un ensemble de dossiers qui est assorti de fiches récapitulatives. On trouve :

Le registre local.

Le registre national.

Le BODAC : Bulletin Officiel des Annonces Commerciales.

Le registre local :

Il existe un RCS auprès du greffe de chaque tribunal de commerce (article L 123-6) on trouve là 3 éléments :

□ Un registre d'arrivée qui mentionne par ordre chronologique toutes les déclarations, on regroupe par matière.

□ Des dossiers individuels ouverts au nom de chaque société et un dossier annexe avec dedans : les statuts, les procès verbaux d'assemblées et les comptes annuels. C'est un outil de transparence.

□ Un fichier alphabétique pour faciliter les recherches.

Le greffier du Tribunal de Commerce qui tient le RCS exerce un contrôle préalable, il vérifie la régularité des dossiers présentés par rapport aux dispositions applicables. Il prend si nécessaire une décision motivée de refus d'inscription s'il y a un problème. Cette décision peut être déférée au juge du Tribunal de Commerce pour contestation, ce juge c'est celui qui

est commis à la surveillance du dossier. Le greffier exerce aussi un contrôle permanent, à tout moment il peut vérifier la conformité du dossier.

Le registre national :

Chaque greffier doit transmettre à l'INPI à Paris un double des déclarations qu'il reçoit car il existe à l'INPI un registre national du commerce et des sociétés qui constitue un doublon, une garantie contre les risques de perte ou de destruction ou pour la création de statistiques.

Le BODACC :

Le BODACC (Bulletin Officiel Des Annonces Civiles et Commerciales) est une édition spéciale du journal officiel dans lequel sont publiés sous forme d'avis des résumés des déclarations faites aux différents registres du commerce. Ce sont les greffiers qui sont chargés de ces inscriptions. Le BODACC donne au jour le jour la modification des structures des entreprises industrielles et commerciales. Ex : les banques suivent la situation de leurs clients (entreprises).

2. L'immatriculation au RCS :

Le caractère obligatoire :

Elle est obligatoire, quelles sont ces modalités :

Il existe une obligation d'immatriculation qui pèse :

- sur tous les commerçants personnes physiques (article L 123-1)
- mais aussi les GIE (civils ou commerciaux selon l'objet).
- un certain nombre d'autres personnes morales comme les EPIC

article L 123-1 : les sociétés civiles et les associations qui exercent une activité économique lorsqu'elles veulent émettre des valeurs mobilières.

Il faut se faire immatriculer dans les 15 jours qui suivent le début effectif de leur activité commerciale sous peine de sanctions pénales. Pour les sociétés il n'y a aucun délai prévu mais elles font vite car l'immatriculation crée la personne juridique.

Les modalités d'immatriculation :

L'entreprise qui sollicite son immatriculation doit remplir un formulaire très détaillé, fournir des pièces justificatives. Les renseignements portent :

Sur le chef d'entreprise (nom, nationalité, contrat de mariage et éventuellement l'état civil du conjoint s'il opte pour le statut de conjoint collaborateur).

Des informations sur l'entreprise : activité, enseignement, siège social, origine des fonds, noms des dirigeants.

Si l'entreprise est exploitée en société, il faut ajouter certaines précisions.

L'inscription doit être demandée au greffe du lieu où se trouve le principal établissement de l'entreprise ou le siège social de la société.

Faisons une précision sur les CFE (Centre des Formalités de l'Entreprise). C'est un guichet unique mis en place pour faciliter la création de l'entreprise. Quand on veut créer une entreprise, il y a beaucoup de formalités dans différents bureaux, d'où un décret de 1981 qui a créé les CFE pour effectuer en un même lieu et simultanément la plupart des formalités de création. Une loi de 1994 a donné une consécration législative aux CFE.

L'immatriculation au RCS peut donc être maintenant effectuée directement au CFE de son département, la saisine du CFE est donc devenue indispensable. Donnons plus d'informations sur le CFE :

- ✗ Pour les commerçants, les GIE et les sociétés commerciales, il est tenu par les CCI.
- ✗ Pour les entreprises artisanales le CFE est tenu par les chambres des métiers.

- ✗ Pour les sociétés civiles c'est le greffe des tribunaux de commerce qui fait office de CFE.
- ✗ Pour les professions libérales c'est l'URSSAF.

Toute modification qui intervient ultérieurement doit faire l'objet d'une nouvelle modification. En cas de cessation d'activité, une radiation doit être demandée sinon en guise de sanction : on continue à payer la taxe professionnelle.

Les fonctions du RCS :

Il y en a deux grandes :

- ✗ La fonction de publicité :

Le RCS assure à l'égard des tiers la publicité des entreprises, c'est une banque de données. Tout particulier peut demander au greffe à ses frais un extrait de l'immatriculation ; on peut aussi demander une photocopie des différentes pièces du dossier ou un certificat de non immatriculation.

De cette publicité ponctuelle on peut distinguer une publicité permanente :

Par les avis publiés au BODACC.

Par l'obligation pour toute personne immatriculée d'indiquer sur tous ses papiers d'affaire son numéro à 9 chiffres d'immatriculation au RCS ; ce numéro est suivi des lettres RCS et du lieu d'immatriculation. Ce numéro est appelé le numéro SIREN.

Certaines décisions (les plus importantes) dans le cadre de la procédure de faillite sont mentionnées d'office au RCS. Est-ce que ça veut dire qu'on a l'outil de publication idéal ? Non car pour certaines informations il faut se référer à d'autres registres.

- ✗ La fonction de preuve :

□ La valeur probatoire de l'immatriculation :

L'immatriculation au RCS entraîne pour les personnes physiques une présomption de commercialité (articles L 123-7). A l'égard des tiers cette présomption est simple, ils peuvent démontrer par tout moyen que l'inscrit n'est pas commerçant et donc qu'il ne peut pas revendiquer les avantages liés à la qualité de commerçants.

La personne immatriculée n'est pas, quant à elle, recevable à apporter la preuve de sa non commercialité.

Les tiers ne sont pas admis à se prévaloir de la présomption lorsqu'ils savaient par ailleurs que l'intéressé n'était pas commerçant. Pour paralyser la présomption il suffit de prouver la mauvaise foi des tiers.

□ Le défaut d'immatriculation :

Il peut y avoir de faux commerçants qui s'inscrivent à tort. Mais il y a surtout de vrais commerçants qui négligent de s'inscrire : ce sont des commerçants de fait ; ils encourent des sanctions pénales, de plus leur situation juridique est très inconfortable :

Ils ne peuvent pas revendiquer les avantages des commerçants : tribunaux de commerce, élection aux chambres de commerce, allocations spéciales, propriété commerciale (droit pour le locataire commerçant de bénéficier du renouvellement).

Ils sont assujettis à toutes les obligations qui pèsent sur les commerçants : fiscales, faillite (incapacité professionnelle, faillite personnelle).

Appendice : Les autres publicités obligatoires :

Pourquoi le particulier cherche-t-il des informations au RCS ? Pour ce faire une idée du crédit de l'entreprise avec laquelle il va traiter. Il existe d'autres registres de publicité que l'on peut consulter à l'insu du débiteur et ça n'entraîne que des frais modiques : on va au greffe du Tribunal de commerce, à la conservation des hypothèques ou à la Préfecture.

✱ La publicité au greffe du Tribunal de Commerce :

□ Le plus gros des informations est au greffe du Tribunal de Commerce ; les informations sont dispersées dans différents registres, voyons la liste de ces informations :

∞ Un registre sur lequel est inscrit le privilège du vendeur et le nantissements du fonds de commerce.

∞ Un registre indique l'existence éventuelle d'un nantissement de l'outillage et de l'équipement.

∞ Un registre indique l'existence éventuelle d'un crédit-bail mobilier.

∞ Un registre indique l'existence éventuelle privilège du Trésor.

∞ Un registre indique l'existence éventuelle privilège de l'URSSAF.

Les deux dernières informations sont très importantes car en cas de difficultés la société s'arrête de payer le Trésor et l'URSSAF qui inscrivent leur privilèges. C'est un signe fort de la bonne ou mauvaise santé de la société.

∞ Le Registre des protêts : il y a une inscription si le débiteur ne paye pas un effet de commerce. Le protêt est un acte authentique dressé par huissier ou notaire afin de constater le refus par un débiteur de s'acquitter d'un effet de commerce.

✱ La publicité à la conservation des hypothèques :

Elle peut donner des informations précieuses sur l'actif immobilier, le privilège du vendeur... Il y a aussi un registre des hypothèques et un registre du crédit bail immobilier.

✱ La publicité organisée par la Préfecture :

Elle peut indiquer si le parc de véhicules de l'entreprise est grevée ou non de gages.

B. L'obligation comptable :

Article L 123-12 et suivants " Toute personne physique ou morale ayant la qualité de commerçant doit tenir dans une mesure variable une comptabilité ". Au sens du droit comptable, l'entreprise a une existence autonome :

S'il s'agit d'une personne morale il s'agit de la comptabilité de la personne physique.

Mais si c'est une personne physique il n'y a rien de distinct normalement ; mais au terme de la comptabilité on distingue le patrimoine particulier de l'entrepreneur et celui attribué à l'entreprise.

Cette obligation comptable est traditionnelle en droit commercial et elle reste la plus classique pour les commerçants.

Les personnes physiques non commerçants, les artisans, les personnes morales de droit privé, les sociétés civiles, les GIE civils et les associations ne sont pas normalement tenues d'avoir une comptabilité mais elles sont assujetties lorsqu'elles dépassent un certain seuil d'importance assez élevé et qu'elles ont une activité économique.

L'article L 612-1 précise : elles doivent tenir un bilan, un compte de résultat et une annexe. Il est essentiel de connaître la comptabilité car toutes les opérations et obligations juridiques

sont retracées et synthétisées dans la comptabilité. Voyons les aspects juridiques : il y a un droit de la comptabilité.

1. Le droit de la comptabilité :

Ce droit a été renouvelé au début des années 1980. En 1980 avec une impulsion communautaire

On a modernisé le droit comptable avec trois grands textes :

- ✓ Le code de commerce.
- ✓ La loi comptable du 10/04/1983 et le décret d'application de cette loi en Novembre 1983.
- ✓ L'arrêté de 1982, il porte approbation du Plan Comptable Général révisé.

Quels sont les rapports entre les règles comptables et la comptabilité fiscale ? Ces textes ont rapproché les deux, il demeure certaines interférences.

Au-delà de ces textes il faut tenir compte des avis et recommandations des organismes suivants :

- Le Conseil national de la comptabilité.
- L'ordre des experts comptables.
- Le conseil national des commissaires aux comptes qui certifient la régularité des comptes des sociétés.
- Les avis de la COB.

Ce ne sont que des avis mais ils sont très importants car les professionnels de la comptabilité les suivent.

✓ **Le code de commerce :**

Dans ses articles L 123-12 à L 123-21 dont la rédaction date de 1983 le Code de Commerce fixe les obligations, documents et principes de base de la comptabilité des commerçants. Les articles L 123-22 et 23 reprennent les règles traditionnelles sur la tenue et la force probante des documents.

❖ *les obligations et les documents :*

L'article L 123-12 édicte 3 obligations comptables générales :

- ✱ L'obligation de procéder à l'enregistrement comptable et chronologique des mouvements qui affectent le patrimoine de l'entreprise. On effectue cela avec le livre journal
- ✱ L'obligation de contrôler par inventaire au moins une fois tous les 12 mois l'existence et la valeur des éléments d'actif et de passif du patrimoine de l'entreprise.

Le décret du 29/11/1983 rend obligatoire pour ces deux obligations de tenir un livre journal et un livre d'inventaire : ce peut être informatisé.

- ✱ L'obligation de tenue d'un grand livre où sont enregistrés analytiquement les opérations du livre journal.

✱ Etablir des comptes annuels à la clôture de l'exercice comptable : ces comptes annuels comportent trois documents indissociables :

□ Un bilan qui fait apparaître clairement les capitaux propres.

□ Le compte de résultats dans lequel on a fondu les comptes d'exploitation et de pertes et profits.

□ Une annexe dont la fonction est de compléter et commenter les deux précédentes ; elle contient notamment toutes informations susceptibles d'influencer le jugement que les destinataires des documents peuvent porter sur le patrimoine, la situation financière de l'entreprise.

Les petits commerçants personnes physiques sont soumis depuis le 11/02/1994 ont des obligations comptables (article L 123-25 à 28) simplifiées. Ce texte a aligné les obligations comptables des petits commerçants personnes physiques sur les obligations déclaratives existant en matière fiscale pour le calcul de l'IR.

L'idée est simple : beaucoup de commerçants personnes physiques pensaient qu'ils n'étaient pas soumis à la tenue d'une comptabilité, par cette loi on les met à l'abri des risques résultant du fait de ne pas tenir une comptabilité : ça concerne :

□ Ceux relevant (article L 123-26) du régime réel simplifié.

□ Ceux relevant des régimes des micro entreprises, ils ont la faculté de tenir simplement un livre qui mentionne chronologiquement l'origine de leurs recettes encaissées et dépenses payées.

❖ *Les principes comptables :*

Depuis la loi de 1982 le Code de Commerce énonce les principes généraux que doivent respecter toute information comptable :

- ✱ L'article L 123-20 pose le principe de prudence.
- ✱ L'article L 123-20 pose également le principe de continuité d'exploitation.
- ✱ Le principe de non compensation entre les postes d'actifs et de passifs.
- ✱ Le principe de permanence des méthodes de présentation et d'évaluation.
- ✱ Le principe de fidélité : les comptes annuels doivent être réguliers, sincères et donner une image fidèle du patrimoine et de la situation financière de l'entreprise. L'obligation pèse sur le commerçant de fournir des éléments d'information complémentaires dans l'annexe lorsqu'une prescription comptable ne suffit pas à donner une image fidèle. Si une prescription comptable conduit à déroger au principe de fidélité on ne doit pas l'appliquer.

❖ *Les règles de tenues :*

Les documents doivent être tenus en langue Française, de façon chronologique, sans blancs, sans altération, cotés et paraphés par le greffier du tribunal de commerce afin de vérifier qu'il n'y a pas de pages manquantes. On doit aussi conserver les comptes et les pièces justificatives des écritures (article L 123-32) pendant 10 ans (prescription en droit commercial) ; le CGI (code général des impôts) se limite lui à 6 ans.

✓ *Le PCG révisé :*

Le PCG révisé est un document qui codifie les éléments de la technique comptable. Il précise les modes d'évaluation des postes, donne des définitions, comprend des modèles de présentation des documents. Ce document est entré en vigueur en 1984 et s'impose à toutes les entreprises. Par secteur et profession il existe des Plans Comptables Professionnels qui adaptent le PCG aux particularités des professions, ils ont été aussi révisés en 1983-1984.

La loi sur les sociétés Commerciales (articles L 231-1 et suivants du code de commerce) :

□ Elle contient différentes prescriptions de nature comptables, elle crée l'obligation de constater de façon comptable les amortissements, d'amortir les frais de constitution de la société avant toute distribution de bénéfices.

□ Elle crée l'obligation d'annexer au bilan un état des cautionnements, des avals et des garanties.

□ Elle crée l'obligation pour les sociétés commerciales importantes de tenir des documents de gestion prévisionnels et l'obligation de tenir des comptes consolidés (dans les groupes d'entreprise).

□ Elle soumet toutes les catégories de personnes morales au commissariat au compte dans des conditions de seuil pour la plupart (au-delà d'un certain CA).

✓ Le Code Général des Impôts (le CGI) :

En principe rien à voir avec l'obligation comptable, ce n'est pas normalement une source mais il prescrit au contribuable de souscrire chaque année une déclaration permettant de déterminer et déclarer les revenus imposables, le contenu de la déclaration, les documents à joindre et les règles d'évaluation auxquelles les entreprises doivent se référer.

Il n'en demeure pas moins que ces définitions, ces règles d'évaluation sont seulement reproduites du PCG. Le domaine d'application des règles fiscales n'intéresse que les impôts. Pour l'établissement des comptes annuels seules comptent les règles comptables : on passe de l'un à l'autre avec un tableau de rectification comptable.

Ex : la déduction de certaines charges en matière d'amortissement n'est possible que si elles ont été préalablement enregistrées en comptabilité (par l'administration fiscale). Ça conduit à pratiquer des amortissements qui ne correspondent pas réellement à la réalité (l'amortissement est la constatation comptable de la diminution de valeur d'un élément d'actif) car les délais d'amortissement posés par le fisc pour certains matériels sont différents de ce que pose normalement la comptabilité. On a un régime d'amortissement pour le droit comptable et un pour le droit fiscal.

Il y a des différences entre la comptabilité et la fiscalité mais les convergences l'emportent.

2. Les fonctions de la comptabilité :

La comptabilité est un instrument de gestion, ce n'est que de façon dérivée qu'on devrait lui attacher d'autres fonctions : comme la fonction de preuve, d'information ou fiscale. En réalité c'est différent et la hiérarchie des fonctions est étrange. Voyons chaque fonction :

Un instrument de preuve :

Nul ne peut se créer un titre (une preuve) à lui même donc on ne peut pas puiser des preuves dans une comptabilité que l'on tient soi même unilatéralement. En réalité la comptabilité joue un rôle probatoire important car :

On peut opposer à un commerçant les éléments qui figurent dans sa comptabilité. La comptabilité est une sorte d'aveu. L'article 1330 du Code Civil autorise l'usage de sa comptabilité à des fins de preuve à condition de retenir toutes les indications favorables ou non à celui qui s'en prévaut.

Dans les litiges entre commerçants (ce qui exclue les actes mixtes) chacun peut prouver par sa comptabilité ce qu'il allègue à l'encontre de l'autre pour fait de commerce. Seule condition : la comptabilité doit être tenue de façon régulière, même si ce n'est pas le cas le juge peut y trouver des présomptions au profit de son auteur (c'est-à-dire une preuve). A l'inverse la comptabilité peut valoir preuve contre le commerçant qui l'a fournie (article L 123-23) du code de commerce.

Comment avoir accès à la comptabilité de l'autre partie au litige ? L'article L 123-23 nous dit que lorsqu'une comptabilité d'un commerçant est invoquée contre lui le tribunal peut ordonner la production en justice des livres de commerce (seul pourra prendre connaissance le tribunal ou un expert à l'exclusion de la partie adverse pour sauvegarder la sécurité des affaires).

Ce n'est que dans certaines hypothèses que la communication de l'ensemble de la comptabilité et des documents à l'autre partie pourra avoir lieu : en cas de succession, de communauté, de partage de société ou de procédure collective.

Un instrument de fiscalité :

C'est un instrument d'inquisition fiscale : c'est la porte ouverte pour tout contrôle fiscal qui se fait sur cette base. Le fisc a un droit de communication très étendu (ensemble des documents comptables pour recouper, reconstituer des opérations...). C'est également la fiscalité qui impose la tenue de certaines règles comptables en dehors du secteur commercial. Toute entreprise est tenue d'avoir un embryon de comptabilité.

Un instrument d'information :

C'est un instrument d'information interne ou externe.

*** Interne :**

- On informe l'ensemble des personnes qui composent l'entreprise (associés, personne qui est associé à la marche de l'entreprise et à ses résultats).

Il assure l'information du Conseil d'administration qui peut se faire assister d'un expert, cette information du CA est plus étendue que celle des associés.

Dans les AG les dirigeants doivent présenter les documents comptables.

*** Externe :**

Les sociétés par actions doivent déposer au greffe leurs comptes annuels, toutes les personnes intéressées peuvent puiser des informations sur la stratégie de l'entreprise.

Pour les sociétés faisant appel public à l'épargne : elles ont des obligations accrues et un contrôle de la COB.

Appendice : Informations comptables et difficultés financières :

On sait ce qu'est la faillite. Lorsque la procédure d'apurement collectif du passif est engagée c'est trop tard pour sauver l'entreprise : il y a trop de passif, l'entreprise ne pourra pas se redresser. L'idée est donc d'être averti des difficultés avant d'en arriver là.

Pour faciliter les chances de redressement de l'entreprise et dans un but plus large de prévision, toute difficulté de l'entreprise doit être connue dès les premiers signes. La dégradation financière de l'entreprise est rarement brutale et imprévisible.

Comment faire pour être alerté ? Le législateur a mis en place une série de clignotants qui reposent sur l'information fournie par la comptabilité : il y a trois clignotants essentiels : Le législateur a mis en place une information prévisionnelle de toutes les personnes morales de droit privé ayant une activité économique, un certain seuil de chiffre d'affaire et une certaine importance économique. Ces sociétés sont tenues d'établir périodiquement des documents comptables prévisionnels c'est-à-dire un compte de résultats et un tableau prévisionnel de financement (article L 612-2 qui a codifié une loi du 1/03/1984 " Sur la prévision et le règlement amiable des difficultés des entreprises ").

La création d'un système d'alerte interne : qu'est-ce ? Ca consiste en ceci que les organes de contrôles ont la mission d'alerter à temps les autres organes de la société. Le président du Tribunal de Commerce a aussi ce rôle d'alerte. Que se passe-t-il ? Le Président peut (article L 611-2) convoquer les dirigeants des sociétés commerciales, des GIE ou des entreprises individuelles commerçants ou artisanales ou de toute personne morale de droit privé qui connaissent des difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation afin d'envisager des mesures de redressement.

❖ *Le règlement amiable : c'est comme une procédure collective mais à l'amiable.*

Cette procédure concerne le représentant de toute entreprise commerciale, artisanale ou toute personne morale de droit privé qui sans être en état de cessation de paiements éprouvent une difficulté juridique, économique ou financière.

On peut appliquer cette procédure alors même qu'il n'y a pas de difficultés mais dès que la société éprouve des besoins qui ne sont pas finançables par un financement qui correspond à ses possibilités. Le représentant peut demander au Président du TC l'ouverture d'un règlement amiable qui est une procédure qui se déroule à l'amiable.

Le président du TC dispose de pouvoirs d'investigation, il charge un expert d'établir un rapport sur la situation juridique de l'entreprise et c'est au vu de ce rapport qu'il décide d'ouvrir ou non le règlement à l'amiable.

S'il ouvre il nomme un conciliateur dont le rôle est de favoriser le fonctionnement de l'entreprise. Le conciliateur peut demander au président du TC la suspension des poursuites individuelles : les créanciers ne peuvent dès lors plus agir en paiement.

Le conciliateur recherche la conclusion d'un accord entre le débiteur et les créanciers sur des délais de paiement ou des remises de dettes de façon à permettre à l'entreprise de surmonter des difficultés passagères et d'éviter la cessation des paiements qui ouvre le redressement judiciaire.

❖ *Le redressement et la liquidation judiciaire :*

Ici il y a cessation des paiements, lorsque l'entreprise est en si mauvaise situation, la loi la soumet à cette procédure spéciale qui déroge aux règles ordinaires du paiement des dettes. A l'origine on parlait de la procédure de faillite et elle était réservée aux seuls commerçants.

Aujourd'hui on parle de redressement ou liquidation judiciaire et elle est applicable de façon beaucoup plus générale : y sont soumis les personnes physiques commerçantes, les artisans au sens du droit privé, les agriculteurs et d'autre part (article L 620-2) toutes les personnes morales de droit privé civiles ou commerciales ; on est allé très loin. Il n'y a que les professions libérales qui n'y sont pas soumises. Cette procédure spéciale a été très étendue.

Les finalités de cette procédure ont de leur côté varié ; à l'origine on se préoccupait de punir le débiteur qui avait failli à ses engagements (on rompait son banc à d'où le terme de

banqueroute) puis dans un second temps on s'est efforcé de payer les créanciers tous ou on les met à égalité.

Troisième finalité : aujourd'hui on considère avant tout que l'entreprise risque de disparaître or c'est un outil économique avec des employés donc on cherche à sauver cette source d'emplois chaque fois qu'elle est viable.

La loi du 25/01/1985 qui a été modifiée en 1988 et en 1994 pour restaurer les droits des créanciers, est destinée à permettre la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité de l'employeur et l'apurement du passif (l'apurement du passif éteint la dette sans que les créanciers soient payés). Beaucoup de chefs d'entreprise voient dans cette procédure un moyen légal de ne pas payer leurs dettes.

Pour favoriser la création de nouvelles entreprises génératrices d'emplois la loi, l'article L 620-1 dispose que les créances impayées ne pourront plus être réclamées lorsque la procédure se termine par la cession ou la liquidation judiciaire de l'entreprise. Dans ce cas la dette est apurée : le droit à la faillite c'est le droit de ne pas être acculé à la ruine, de ne pas être tenu indéfiniment à la dette et c'est pour ça que les agriculteurs se sont battus.

Toutes ces finalités aujourd'hui sont un peu mêlées, fondamentalement tout repose sur une distinction entre le sort de l'entreprise et le sort fait aux dirigeants, il serait absurde de faire dépendre l'entreprise de la moralité ou de l'habileté des dirigeants, si l'entreprise est viable elle doit se continuer, si les dirigeants ont fait des fautes on doit les punir, on distingue les deux :

A l'entreprise on applique des critères de rentabilité.

A l'entrepreneur on applique des critères de moralité.

1. Le sort de l'entreprise :

Le cas d'ouverture de la procédure c'est la cessation des paiements, c'est l'impossibilité de faire face au passif exigible avec l'actif disponible, pour connaître la solvabilité il faudra du temps. Ce n'est pas que l'arrêt de caisse ou l'insolvabilité qui déclenche à lui seul la procédure : ce sont les deux à la fois.

On saisit le Tribunal de Commerce si le dirigeant est commerçant ou artisan (c'est paradoxal pour l'artisan) dans les autres cas on saisit le TGI (article L 620-5 du Code de Commerce).

Quand le tribunal est saisi il a le choix entre deux attitudes :

□ Durant une période d'observation on établit un bilan. Si au vu de ce bilan économique et social il estime que l'entreprise est rentable, il essaye de la sauver : le tribunal arrête alors un plan de redressement qui prévoit soit la continuation de l'entreprise soit la cession, on impose des délais de paiement au créancier et ils peuvent accepter des remises de dettes. Il est rare que ça marche car généralement c'est trop tard, ça ne marche que dans 2 à 3% des cas.

Autre possibilité on peut ordonner la cession à une personne (le repreneur) qui fait une offre de rachat ; le tribunal retient l'offre qui permet d'assurer dans les meilleures conditions et le plus durablement possible l'emploi et le paiement des créances. C'est la procédure de redressement judiciaire.

□ Autre possibilité : le tribunal constate que le redressement est impossible ou que toutes les activités ont cessé ou que le bilan économique et financier ne fait ressortir aucune possibilité de redressement. Dans ce cas, le tribunal ordonne l'ouverture de la procédure de liquidation de l'entreprise (article L 622), c'est le cas le plus fréquent, ça veut dire que les biens de

l'entreprise sont vendus et le profit de cette vente (ex : Moulinex) sert à payer les créanciers au prorata de leur créance.

Le jugement d'ouverture détermine la date de cessation des paiements ; cette période entre la cessation de paiement et l'ouverture de la procédure est appelée la période suspecte car les paiements ont cessé et la procédure n'a pas été ouverte : les opérations effectuées doivent être vérifiées très précisément pour s'assurer que l'on a pas fait disparaître des capitaux ...

2. Le sort des dirigeants :

Le sort des dirigeants est différent, il est fondé sur des critères de moralité et ne dépend pas du choix pour la société de la liquidation ou du redressement. Ici l'objectif est de sanctionner le dirigeant qui par sa mauvaise gestion a conduit la société à la crise. Il y a trois sanctions possibles :

- Une sanction *civile* : on met les dettes à sa charge.
- Une sanction *commerciale* : on l'écarte des affaires.
- Une sanction *pénale* : les sanctions de la banqueroute.

❖ La sanction civile :

C'est l'obligation de payer sur son patrimoine personnel, les dettes de l'entreprise. Cette sanction est automatique quand il n'y a pas de différences entre patrimoine personnel et patrimoine professionnel :

□ C'est ici le cas de l'entrepreneur personne physique : c'est à lui qui s'applique la procédure car l'entreprise n'est pas une personne juridique donc n'a pas de patrimoine propre.

□ Cas où il existe une société qui n'a pas de patrimoine propre. Les associés sont personnellement et indéfiniment responsables du passif : SNC, sociétés à risques illimités, membres d'un GIE (article L221-1 et L 251-6).

L'idée de sanction joue dans les autres cas où il existe une personne juridique : les SARL... les associés répondent ici du passif à concurrence de leur apport, le patrimoine de la personne morale est séparé de celui des dirigeants de droit ou de fait ; le tribunal peut faire tomber cette protection, cette séparation de patrimoine dans deux cas :

✱ En cas de faute de gestion prouvée qui a contribué à l'insuffisance d'actif (article L 624-3) : une action en comblement de passif peut être intentée contre le dirigeant afin que ce soit lui qui supporte les dettes de l'entreprise en tout ou partie.

✱ L'hypothèse de l'extension de la procédure en cas d'abus manifeste dans la gestion ou en cas de faute grave pénalement sanctionnée : la procédure peut être (article L 624-5) étendue aux dirigeants. Il y a une liste de cas.

Cette sanction civile est d'application générale, son domaine d'application coïncide avec celui de la procédure collective. Les deux autres sanctions, elles, ne s'appliquent qu'aux dirigeants des personnes morales avec une activité économique.

❖ *La sanction professionnelle : la faillite personnelle :*

Le vieux terme de faillite désignait la procédure dans son ensemble. Le tribunal a la faculté dans certains cas particuliers ou graves (article L 623-3 et 5) de prononcer cette sanction qui entraîne l'élimination de la vie des affaires (L 625-8) ou de certaines affaires (ex : interdiction de devenir ou de demeurer commerçant...)

❖ *La sanction pénale : la banqueroute :*

Certains comportements particulièrement répréhensibles (listés à l'article L 626-2) comme le détournement de fonds, la dissimulation d'actifs, l'absence de comptabilité ou la tenue d'une comptabilité fictive constituent des délits pénaux. Ceux qui se rendent coupables de ces délits encourent une peine d'amende ou de prison devant le tribunal correctionnel.

3. Le sort des salariés :

C'est une préoccupation étrangère au droit commercial mais on va en dire quelques mots : les salariés sont frappés de plein fouet par la procédure. La loi on l'a vu fait du maintien de l'emploi un objectif essentiel (article L 621-1), elle fait bénéficier les salariés de trois protections :

- Les contrats de travail continus : l'ouverture de la procédure, à elle seule, n'interrompt pas les contrats en cours même en cas de transfert de l'entreprise (article L 122-12 du Code du Travail). Mais derrière la reprise un plan social se profile et donnera lieu à des licenciements par une pratique de restructuration. Ces licenciements doivent être prononcés cas par cas et ils sont entourés de certaines garanties. Les contrats de travail, juridiquement, continuent.
- Les salariés sont associés à la procédure. D'un point de vue du droit privé, les salariés dont des créanciers (des salaires...). Dans le droit social le salarié fait parti de l'entreprise. Ils sont directement concernés par l'avenir et sont associés aux grandes décisions qui marquent les différentes étapes de la procédure (par l'information et la consultation) aux grandes décisions qui marquent la procédure.
- Ils sont des créanciers super privilégiés pour le paiement de ce qui leur est dû : créances de salaires. Les salariés sont payés avant les autres créanciers sur tous les biens de l'entreprise (c'est plus puissant qu'une hypothèque) ; ce privilège très spécial est un élément de la crise des sûretés réelles.

Les employeurs doivent assurer les salariés contre le risque de non paiement, c'est donc l'AGS qui paye. C'est une obligation légale. Il y a un plafond mais c'est une bonne garantie.

4. Et les particuliers ?

Que se passe-t-il quand un particulier a des difficultés financières ? Il y a des procédures de Surendettement. On va faire le rapprochement avec les procédures des entreprises.

Certains particuliers sont trop endettés et ils ont besoins, eux aussi, de bénéficier d'une procédure spécialement adaptée. On peut imaginer d'appliquer le redressement ou la liquidation mais on y a renoncé :

- A cause du caractère judiciaire qui est lourd, coûteux et inadapté aux particuliers
- Mais aussi à cause du caractère automatique : on a craint que ça ne développe un sentiment d'irresponsabilité
- Et enfin elle n'est pas assez protectrice car tous les biens seraient liquidés y compris le logement.

Du fait de ces problèmes on a mis en place des procédures différentes comme les articles L 331-1 et suivants du code de la consommation, cet article a été complété en 1995 et 1998. La loi ne fixe pas de seuil au surendettement, cette procédure bénéficie à tout débiteur personne physique de bonne foi qui est dans l'impossibilité manifeste de faire face à ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir. On vise à protéger les consommateurs donc on ne traite pas les dettes professionnelles avec cette procédure.

Comment se déroule la procédure ? Devant une commission de surendettement des particuliers, il y en a une par département, c'est une procédure extra judiciaire le juge n'intervient que pour prendre des décisions à force obligatoire. Deux temps :

- La commission a un rôle voisin à celui du conciliateur : elle dresse l'état de l'endettement. Dès cette phase le juge de l'exécution peut ordonner une suspension des poursuites à tous les créanciers autre que les créanciers alimentaires. Elle concilie les parties afin de leur faire approuver un plan conventionnel de redressement qui comporte des mesures de report, de rééchelonnement de paiement des dettes. Le plan réduit ou supprime les taux d'intérêts. Puis on prévoit de créer ou d'octroyer des garanties aux créanciers. L'espoir est de s'en tenir là.

- En cas d'échec de la conciliation deux choses peuvent se produire :

- ✗ Où on est en présence d'un simple surendettement (problème de trésorerie) la commission peut alors recommander différentes mesures propres à redresser la situation comme le rééchelonnement ou la réduction de dettes qui restent dues au titre de l'achat du logement familial.
- ✗ Ou la commission constate l'insolvabilité c'est-à-dire l'absence de ressources ou de biens saisissables de nature à permettre d'apurer tout ou partie des dettes. Dans ce cas la commission peut alors recommander un moratoire de toutes les dettes y compris fiscales : c'est-à-dire la suspension pour un maximum de trois ans. C'est comme une période d'observation. A l'issue de cette période la commission réexamine la situation :

Si la situation s'est améliorée elle peut recommander des mesures d'aménagement prévues pour le surendettement.

Si le débiteur reste insolvable elle recommande l'effacement total ou partiel des créances autres que les créances alimentaires et fiscales.

Il existe une sorte de droit à ne pas payer ses dettes sur recommandation de la commission. On ne peut bénéficier de l'apurement qu'une fois tous les 8 ans. Les recommandations sont

transmises au juge de l'exécution (JEX) qui leur donne force exécutoire s'il juge cela acceptable et régulier.

140.000 dossiers sont déposées annuellement et une réforme est en cours de préparation on veut rendre applicable en France le droit de la faillite d'Alsace Lorraine qui a été importé du droit Allemand de la fin du XIX, ce qui est plus protecteur. Il existe déjà la possibilité d'apurer le passif sans qu'il ait été payé.

§ II : Les obligations communes à toutes les entreprises :

Ces obligations s'appliquent aux entreprises en tant que telles qu'elles soient civiles ou commerciales. Ici la distinction civile / commerciale n'a pas d'intérêt. Ces obligations ne sont pas nouvelles.

Depuis longtemps le droit fiscal a montré la voie avec des règles pour les personnes ayant une activité économique quelque soit leur statut juridique (ex : généralisation de la TVA, de la taxe professionnelle, des centres de gestion agréée). On ne distingue pas selon le caractère civil ou commercial de l'entreprise.

Pareil en droit social qui pour son application ne distingue pas : toute personnes qui emploie des salariés a des obligations.

D'autres branches du droit privé réservent certaines de leurs règles aux professionnels et non plus aux seuls commerçants.

Ex 1 : le droit de la consommation : il repose sur la distinction entre professionnel et consommateur entre qui il a pour rôle de rétablir l'équilibre.

Ex 2 : le droit Français de la concurrence a été refondu par une ordonnance du 1/12/1986 article L 410-1 et suivants et il ne s'applique pas seulement aux commerçants mais à toutes les activités de production, de distribution et de service y compris les activités qui sont le fait de personnes publiques car il s'occupe du comportement des entreprises sur un marché. Le droit de la concurrence institue par exemple l'obligation d'établir des factures (article L 441-3 du Code de Commerce) " Tout achat de produits ou prestation de services pour une activité professionnelle doit faire l'objet d'une facture ".

Ex 3 : le droit de la vente contient des obligations différentes selon que la chose ou non a un vice et selon que l'acheteur et le vendeur sont ou non des professionnels. C'est la qualité de professionnel qui sert de discriminant.

Ex 4 : Une loi de 1981 facilitant le crédit aux entreprises s'est substituée à un mécanisme de 1967 le CMCC pour les seuls commerçants. Cette loi de 1981 a mis en place le bordereau Dailly de cession des créances professionnelles, c'est ouvert à tous.

Malgré ces exemples la distinction reste fondamentale.

Chapitre II : L'organisation du secteur commercial :

Le livre VII du code de commerce s'intitule " De l'organisation du commerce ", il se décompose en trois titres :

Des CCI

De l'équipement commercial.

Des marchés d'intérêt national.

L'équipement commercial relève du droit de la distribution.

Les marchés d'intérêt national sont des lieux autres que le détail.

On va parler des CCI et des organes judiciaires spécifiques aux sociétés commerciales.

Section I : Les organes administratifs : Les CCI :

Les Chambres de Commerce et d'Industrie sont des établissements publics chargés de représenter les commerçants. Ce sont des organismes anciens qui existaient déjà sous l'ancien régime et qui date actuellement d'une loi de 1998 (articles L 711-1 et suivants et d'un décret du 18/07/1991 non codifié).

Ces CCI sont composées de commerçants et représentants des sociétés commerciales qui sont élus pour 6 ans et renouvelés par tiers tous les deux ans. Il y a trois collèges électoraux :

Commerce.

Industrie.

Services.

Les CCI ont des ressources propres qui sont constituées par une partie de la taxe professionnelle.

Elles ont quatre grands rôles :

- ✱ Un rôle consultatif : ce sont des partenaires des pouvoirs publics et elles sont consultées sur les projets en rapport avec l'activité économique.
- ✱ Elles délivrent des attestations d'existence des usages professionnels (les parères).
- ✱ Elles assurent la représentation des intérêts des commerçants dans certaines commissions (article L 721-1 du code de commerce) comme par exemple dans la commission d'installation des grandes surfaces.
- ✱ Elles gèrent de nombreux organismes comme des centres de formation, des organismes de recherche, les magasins généraux, elles tiennent les CFE, elles gèrent certains ports ou aéroports.
- ✱ Elles jouent un rôle dans la désignation des magistrats des tribunaux de commerce.

Il existe aussi des Chambres Régionales et toutes les CCI sont réunies à l'Assemblée Française des CCI. On doit les distinguer d'autres organismes professionnels internationaux comme :

□ La chambre de commerce international qui est un organisme purement privé à Paris. Elle joue un rôle très important dans l'élaboration du droit commercial international. Elle a publié des documents qui sont des références comme les INCOTERMS, le code des pratiques

loyales... ça a une véritable valeur normative au niveau international. Elle joue aussi un grand rôle d'arbitrage international.

□ La commission des Nations Unies pour le droit commercial international.

L'institut international pour l'unification du droit privé qui a élaboré des textes, des conventions en matière de principes relatifs aux contrats du commerce international.

□ Les chambres des métiers qui sont aux artisans ce que les CCI sont aux commerçants.

Section II : Les organes judiciaires :

Il existe deux types de juridictions :

Le juge étatique : le tribunal de commerce spécifique au secteur commercial.

Le tribunal arbitral pour les activités économiques.

§ I : Le tribunal de commerce :

Les litiges qui naissent entre commerçants à propos d'actes de commerce échappent en 1ère instance à la compétence des tribunaux civils, il y a une juridiction spécialisée : les tribunaux de commerce.

A la différence des tribunaux généraux : les juges du tribunal de commerce ne sont pas des magistrats professionnels, ce sont des commerçants : ils sont élus par leurs pairs.

Il s'agit d'une juridiction très ancienne née dans les grandes foires du moyen âge qui ont pris un caractère permanent, on parlait alors des consuls et des juridictions consulaires.

La révolution les a conservés car le fait que les juges soient élus correspondait parfaitement à l'idéologie de l'époque. On a même étendu leur compétence au commerce maritime.

Les rédacteurs du code de commerce de 1807 les ont consacré dans l'article 631 de l'ancien code de commerce. Aujourd'hui on les trouve dans le code de commerce, dans le code de l'organisation judiciaire (L 411) et le NCPC (articles 853 et suivants).

Il y a un débat autour de l'existence actuelle de ces tribunaux. Ils trouvent leur légitimité dans la technicité du droit commercial d'où l'utilité des magistrats professionnels ; cet argument n'est pas convaincant vu les professionnels de la cour d'Appel. Ils sont très critiqués depuis quelques années, il y a trois grandes critiques :

- Sur le manque de formation juridique des Magistrats : or ils ont à appliquer des matières très techniques. C'est pourquoi on proposa de généraliser le système de l'échevinage : associer un magistrat professionnel et deux commerçants élus qui seraient assesseurs. Ca a été mal accueilli par la milieu et les intéressés ont fait valoir que le taux de réformation en appel est faible d'où un bon fonctionnement des juridictions consulaires.
- A l'égard des procédures collectives : il n'y a pas de représentants des salariés, pour y remédier on avait proposé de retirer au tribunal de commerce la compétence pour le droit de la faillite et de le confier à des juridictions spéciales avec uniquement des

magistrats professionnels là aussi ça a été rejeté. La seule mesure retenue est que le redressement et la liquidation pour les entreprises de plus de 50 salariés sont de la compétence de certains grands tribunaux de commerce.

- Fin des années 1990 suite au rapport d'un commissaire d'enquête il y eu une critique sur la moralité et l'impartialité de quelques magistrats consulaires dans quelques procédures de redressement ou de liquidation il y a eu des comportement anormaux : cela a causé une vive émotion et on a pensé qu'on réformerai les tribunaux de commerce mais deux problèmes ont bloqué cette réforme :

L'opposition des intéressés avec des grèves.

Et il y aurait eu des incidences budgétaires lourde car les Magistrats consulaires ne sont pas payés alors que les magistrats professionnels le sont.

A. L'organisation :

Pour l'essentiel les règles d'organisation remontent au XIX puis ont été modifiées avec une réforme de 1987, elles sont dans les articles L 411-1 et suivants du COJ. Cette organisation va être vue sous l'angle de la géographie et du personnel.

1. La géographie :

Il existe en France plus de 200 Tribunaux de Commerce et 3150 juges consulaires. Ce sont des décrets en CE qui décident de la création ou de la suppression des tribunaux de commerce selon l'activité économique. Ex : dans l'Hérault il y a 6 TC, chacun couvre un ressort de quelques cantons. Le nombre de juridictions consulaires est encore trop élevé car certains ont une activité réduite d'où un mouvement de suppression qui est néanmoins freiné par des pressions.

Quelques TC ont une énorme activités comme celui de Paris : c'est sans commune mesure avec les très nombreux sièges sociaux.

Certains arrondissements en Province sont peu peuplés et n'ont pas de TC dans ce cas c'est le TGI qui juge les affaires (article L 411-3 du COJ) : c'est le cas de 26 TGI ex : Mende.

En Alsace et Moselle il n'y a pas de TC car on a conservé depuis 1918 le système Allemand de l'échevinage, les tribunaux civils ont une chambre commerciale présidée par un Magistrat professionnel assisté de deux commerçants. Il y a 7 TGI avec des chambres commerciales.

Enfin dans les DOM TOM il y a 7 tribunaux mixtes.

2. Le personnel du TC :

Il y a les Magistrats, les avocats, les auxiliaires.

➤ Les Magistrats :

Leur nombre varie selon l'importance du Tribunal, chaque audience comporte au moins trois juges qui sont des Magistrats du siège. Le parquet est représenté par le procureur de la république près le TGI (article L 412-5 du COJ). Le rôle du parquer ne fait que s'accroître.

Les Magistrats consulaires ne sont pas des professionnels de la justice, ce sont des professionnels des affaires qui sont élus par leurs pairs. Qui est éligible : les commerçants personnes physiques ou les dirigeants des personnes morales commerçants. On ne demande aucun diplôme mais il faut avoir au moins 30 ans d'âge et 5 ans d'immatriculation au RCS (expérience professionnelle) : article L 413-3 du COJ.

L'élection se fait à deux degrés :

- Election des représentants à la CCI par les commerçants.
- Les élus de la CCI élisent (article L 413-1 du COJ) les Magistrats consulaires.

Le 1er mandat est de 2 ans, le suivant de 4, ces magistrats sont rééligibles (article L 412-7 du COJ).

Chaque tribunal a un Président choisi parmi les juges ayant exercé leur fonction pendant 6 ans au moins article L 412-11 du COJ. Ces fonctions de juge consulaires sont honorifiques et donc non rémunérées.

➤ *Les auxiliaires* : le greffier :

En matière de juridictions commerciales c'est un officier public ministériel (article L 821-1 du COJ). Son rôle est d'être secrétaire du tribunal ; c'est un rôle très important :

C'est lui qui connaît le droit ; il conseille.

Il tient le RCS et les registres complémentaires.

Sa charge s'achète parfois très cher : il est titulaires d'un office.

➤ *Les administrateurs judiciaires et mandataires liquidateurs* :

Leur rôle est important en cas de procédure collective, il administre les entreprises en difficulté, représentent les créanciers et liquident les entreprises. Une réforme de son emploi est en cours. Pour exercer cette profession il faut être inscrit sur une liste établie par une commission nationale. Cette fonction est incompatible avec toute autre profession.

➤ *Les avocats* :

Leur présence n'est pas obligatoire, article 853 du NCPC. Autrement dit les parties peuvent se défendre elles-mêmes ou choisir une personne de leur choix pour les représenter ; si le représentant n'est pas avocat il doit justifier d'un pouvoir. L'avocat, lui, n'a pas à justifier d'un pouvoir. Les représentants non avocats peuvent être des huissiers, une société de recouvrement de créance, un salarié de la société.

En fait les avocats interviennent souvent en matière commerciale.

3. La compétence des Tribunaux de Commerce :

Il y a deux compétences à examiner :

La compétence d'attribution.

La compétence territoriale.

❖ **La compétence d'attribution :**

Quels litiges relèvent de la compétence du TC ? La réponse est dans la loi mais on peut y déroger par des clauses.

✓ *Les règles légales :*

La compétence du TC est déterminée par la nature du litige (article L 110-1 du code de commerce). Ce texte est au cœur de la dispute entre les deux conceptions (subjective et objective) du droit commercial. L'article L 110-1 ne tranche pas entre ces conceptions. Le domaine du droit commercial coïncide avec la compétence du TC ; lorsqu'on parle de la compétence légale on reprend ce qui a été dit sur le droit commercial ; revenons sur les grandes règles : le TC est compétent :

□ Pour les litiges entre commerçants.

□ Pour les actes de commerce entre toute personne.

Cela résulte de l'article L 411-4 du COJ modifié par la loi NRE de 2001.

- Les litiges entre commerçants : il faut que les parties au litige soient commerçantes. C'est une condition nécessaire mais pas suffisante, il faut que le litige touche à l'activité commerciale (contrats commerciaux, délits ou quasi délits, actes commerciaux par accessoire...). Il y a un régime particulier pour les sociétés d'exercice libéral qui sont commerciales par la forme : elles relèvent de la compétence des tribunaux civils (article L 411-6 du COJ), c'est paradoxal mais ça tient au fait que leur commercialité est imparfaite. Il y a différentes exceptions pour certains contrats ex : le contrat de travail, l'achat vente d'immeubles. Par contre les procédures collectives pour les artisans sont de la compétence du TC.
- Les litiges relatifs aux actes de commerce (article L 411-4 3°) entre toute personne : Il existe quelques actes de commerce qui sont qualifiés ainsi objectivement alors qu'ils sont conclus entre non commerçants ; ex : lettre de change ; opérations qui ont un lien avec l'entreprise commerciale ou une opération commerciale :

Les actes liés à une entreprise commerciale :

Les contestations entre associés en raison d'une société commerciale : sont actes de commerce par accessoire objectif les actes relatifs au fonctionnement d'une société commerciale. Ex : responsabilité du dirigeant si elle résulte de la gestion de la société. Par ex : l'achat de parts ou d'actions est commercial si elle confère le contrôle de la société. Ex 2 : la vente de fonds de commerce où l'on entend exercer un commerce.

Les actes liés à une opération commerciale. Ex : le cautionnement commercial si la caution n'est pas commerçant mais garantie une dette commerciale. Ex 2 : le gage, il suffit que la dette garantie soit commerciale (article L 521-1 du Code de Commerce).

✓ *Les clauses dérogatoires :*

Il est fréquent que des clauses d'attribution de compétence soient stipulées : les parties déterminent par avance devant quelles juridictions elles veulent porter les éventuels litiges, ex : TC de Paris, de Marseille... Si la clause a été connue et acceptée par les deux parties, cette

clause est-elle valable lorsqu'elle désigne un tribunal qui n'est pas légalement celui qui devrait connaître du litige ? Il faut distinguer deux hypothèses :

- Des clauses attribuant au TC des litiges qui devraient relever d'une autre juridiction.
 - Des clauses attribuant à une autre juridiction des litiges devant relever normalement du TC.
- On a des clauses qui étendent ou restreignent la compétence du TC.

- Le 1er type de clauses :

Ex : on a un contrat civil de vente d'immeuble qui donne compétence au TC. Est-ce valable ? En principe ces clauses sont frappées de nullité car le TC est une juridiction d'exception et il est interdit de proroger sa compétence au-delà des compétences qui lui sont attribuées. La solution est moins claire lorsqu'on a un acte mixte car il y a là des errances jurisprudentielles, pendant longtemps la jurisprudence a admis la validité de ces clauses et cela même si le défendeur est un non commerçant.

Ex : un commerçant assigne un consommateur, il peut le faire si une clause le permet. Aujourd'hui ces clauses sont estimées abusives ; le consommateur peut ne pas y déférer mais il faut soulever le problème.

Ex 2 : le non commerçant professionnel, ici le raisonnement est plus subtil. Le raisonnement est que le non commerçant a une option, il a le choix s'il est demandeur de porter l'action devant le tribunal civil ou le TC ; en revanche s'il est défendeur le commerçant doit l'assigner devant un tribunal civil.

Dans les rapports entre commerçants et non commerçants professionnels, la clause est nulle si le non commerçant est défendeur car le commerçant ne peut attirer un non commerçant que devant un tribunal civil (Cass. Com. 10/06/1997).

Si le non commerçant professionnel est demandeur à l'action parce qu'il aurait le choix d'agir on considère qu'il peut valablement s'engager à n'assigner que devant le TC ; dans ce cas la clause est opposable par le commerçant au non commerçant. C'est critiquable car ça étend le domaine de compétence d'une juridiction d'exception.

- Le 2ème type de clauses :

qui attribuent à une autre juridictions les litiges relevant du TC.

Si le contrat désigne le TGI c'est valable car le TGI est la juridiction de droit commun.

En revanche lorsqu'on vise non pas le TGI mais une autre juridiction d'exception comme le TI là la clause est nulle.

❖ **La compétence territoriale :**

Quel TC est territorialement compétent ? Il y a des règles légales et des clauses.

✓ *Les règles légales :*

Depuis 1976 entrée en vigueur du NCPC il n'y a pas de compétence particulière, ils suivent les mêmes règles que les autres juridictions. Il y a une compétence de base et des compétences supplémentaires.

L'article 42 pour la compétence générale dispose qu'on doit saisir le TC du lieu du domicile du défendeur. Le principe est général et s'applique en matière commerciale de façon particulière.

Si le défendeur est un commerçant personne physique son domicile commerciale où il exerce son activité professionnelle peut ne pas correspondre avec celui de son domicile personnel.

Si le défendeur est une société commerciale le domicile est le siège social (article 43 du NCPC). En France le siège social des grandes entreprises est à Paris ou dans la Région Parisienne mais il y a la théorie des gares principales pour corriger cela : on donne compétence au tribunal du lieu de la succursale où se rattache le litige si la succursale est importante.

Compétences supplémentaires :

□ Il faut distinguer la *matière contractuelle* où le demandeur peut saisir le tribunal du lieu du défendeur ou (article 46 du NCPC) le tribunal du lieu de livraison ou d'exécution de la prestation caractéristique. Cette règle a une grande importance pratique pour les TC car ils ont souvent à connaître de litiges relevant des contrats, ça s'applique à tous les contrats et pas seulement de livraison. Ex : contrat d'assurance, de construction.

L'article 46 du NCPC attache la compétence au lieu de livraison " effective " : ça empêche que la compétence soit déterminée par le lieu de la livraison indiquée au contrat. Ceci dit la jurisprudence en a déduit qu'en cas de défaut de livraison l'article 46 ne peut pas jouer et le seul tribunal compétent est celui du domicile du défendeur.

L'article 46 dans les ventes à distance pose une règle : lorsque la marchandise doit être déplacée quand est effectuée la livraison ? Au départ ou à l'arrivée. On répond au cas par cas, tout dépend de savoir à quel moment est transférée la propriété de la chose.

□ En matière *délictuelle* le demandeur peut saisir le tribunal du lieu du domicile du défendeur ou le tribunal du lieu du fait dommageable ou le tribunal dans le ressort duquel le dommage a été subi. Cette règle a été conçue pour les tribunaux civils mais elle peut aussi servir aux TC qui connaissent des engagements extra contractuels nés à l'occasion d'une activité commerciale. Ex : action en concurrence déloyale. Une difficulté a été soulevée quand la faute est commise en un lieu et le dommage est subi dans un autre lieu. L'article 46 permet au demandeur de choisir l'un ou l'autre des Tribunaux.

✓ *Les clauses dérogatoires :*

Les éventuelles clauses dont le régime est fixé par l'article 48 NCPC ; c'est simple il a modifié le droit intérieur et réputée non écrite *les clauses qui dérogent* aux règles de la compétence territoriale. Ce principe a une importante dérogation sous deux conditions en droit commun :

Pour que la clause soit valable, il faut qu'elle ait été stipulée entre des personnes ayant toute la qualité de commerçants.

Il faut que la clause soit stipulée de façon très apparente ex : caractère gras.

Sans ces conditions la clause est réputée non écrite. Le tribunal saisi ne peut pas soulever d'office la nullité de la clause, son incompétence.

Toutes les personnes concernées doivent avoir contracté en qualité de commerçants. Ex : est nulle une telle clause dans un contrat de cautionnement passé par un dirigeant de société (il n'est pas commerçant), pareil dans un acte de mixte : cette règle coupe court à toute discussion.

C. La procédure devant le TC :

Il y a des procédures devant tout le TC et d'autres devant le Président seul.

❖ Les procédures devant le tribunal tout entier :

Le but initial des législateurs était de rendre la procédure plus simple, plus rapide. Ce but n'est pas tout à fait atteint et les réformes récentes rapprochent les procédures commerciales des procédures civiles. On va signaler les traits les plus importants.

En 1ère instance on porte le litige devant le TC, la représentation des parties par un avocat n'est pas obligatoire, l'assignation est à jour fixe mais il n'y a pas de formalités particulières, on donne juste la date le lieu et l'heure (article 855 du NCPC).

L'assignation est délivrée au moins 15 jours avant la date de l'audience (article 856) sauf dérogation du Président du tribunal (article 858 du NCPC). Si l'affaire ne peut pas être jugée immédiatement elle est renvoyée à une audience ultérieure et le tribunal confie à l'un de ses membres le soin de l'instruction en qualité de juge rapporteur (article 861 NCPC).

L'article 869 prévoit que si les parties ne s'y opposent pas ce juge rapporteur peut tenir seul l'audience pour entendre les plaidoiries et il en rend compte pour le délibéré. Si les parties ne sont pas d'accord il renvoie devant le Tribunal dès que l'instruction le permet.

✓ Les voies de recours :

L'appel est porté devant le CA du ressort du TC ; il n'est recevable que si la demande à une valeur de plus de 3800 € (décret du 3/12/2002 : c'est le même seuil que pour le droit commun).

Le pourvoi en Cassation est porté devant la Cour de Cassation.

La dualité des juridictions civiles et commerciales n'existe qu'en 1ère instance au-delà on juge comme toutes les autres affaires avec des Magistrats Professionnels.

Remarque : en dessous de 3800 € on ne peut qu'aller en Cassation. Dans les Cours d'appel et à la Cour de Cassation il y a des chambres commerciales qui sont spécialisées.

❖ Les procédures spéciales devant le Président seul :

L'objectif était la rapidité et la simplicité d'où des procédures spéciales. Ces procédures spéciales depuis 1924 se déroulent devant le président du TC qui a donc un pouvoir propre. Il faut distinguer deux procédures qui permettent d'avoir une action rapide et peu coûteuse : la procédure de référé et l'ordonnance sur requête.

✓ *La procédure de référé article 872 et 873 du NCPC :*

Elle a une importance considérable dans la pratique car peu de litiges ne peuvent pas en faire l'objet. Quelles sont les caractéristiques du référé :

□ Les ordonnances de référé sont des décisions provisoires dénuées d'autorité de la chose jugée, elles sont rendues très rapidement et elles sont rendues au terme d'une procédure régie par le régime du contradictoire : l'autre partie doit être présente ou appelée.

□ Les ordonnances de référé sont exécutoires de plein droit à titre de provision : ex : nomination d'un administrateur provisoire en cas de mésentente dans une société. Ex 2 : on accorde une provision, une avance, on parle alors de référé provision.

Le juge des référés est un juge unique : le président du TC. Ce juge existe dans toutes les juridictions : président du TI, du TGI, 1er président du Cour d'Appel. Il y a deux barrières au développement : les articles 872 et 873 du NCPC : aucune contestation sérieuse à moins qu'il s'agisse de mesures conservatoires ou de remise en état.

✓ *L'ordonnance sur requête :*

Il s'agit d'une décision provisoire prise par le Président mais c'est la grande différence avec l'ordonnance de référé, cette ordonnance est rendue de manière non contradictoire... l'autre partie n'est pas appelée. Ex : demande de constatation, de saisie conservatoire articles 1405 à 1425 du NCPC. C'est une procédure rapide qui n'existe que devant le TI et le Président du TC.

La procédure d'injonction permet au créancier d'une obligation contractuelle inexécutée d'obtenir sans débat contradictoire une décisions judiciaire qui condamne le débiteur au paiement d'une somme d'argent, on parle d'injonction de payer. Cette procédure n'est pas contradictoire.

C'est une procédure rapide mais uniquement si elle atteint son but : que dans l'hypothèse on son débiteur n'a pas d'arguments lui permettant de saisir au fond le tribunal. Devant le TI il y a la procédure d'injonction de faire.

Cette procédure dissocie deux phases dont la seconde consomme l'échec de la 1ère :

- *1ère phase* : uniquement par correspondance, le demandeur adresse au greffe du demandeur une requête : lettre avec documents justificatifs, le juge examine cette demande dans son cabinet et non pas à l'audience, s'il rejette la requête sa décision est sans recours dans cette procédure il faut assigner. En revanche si le juge estime que la requête est fondée il rend une ordonnance portant injonction de payer et cette ordonnance le créancier va la porter à la connaissance du débiteur par huissier, cette signification fait courir un délai d'un mois qui lui permet de former opposition, s'il ne forme pas opposition dans ce délai, l'ordonnance est alors revêtue de la formule exécutoire et donc on a un titre exécutoire qui porte les mêmes effets qu'un jugement contradictoire, ce qui permet au créancier d'engager des procédures d'exécution forcées.
- *2ème phase* : si le débiteur fait opposition ce qui en pratique est peu fréquent on retombe dans la procédure ordinaire avec une audience, une publicité et le principe du contradictoire donc la procédure spéciale n'a servi à rien.

§ II : L'arbitrage :

On n'est pas obligé d'aller devant les juridictions étatiques. Elles (les parties) ont le droit de confier la solution de leur litige à un ou plusieurs juges privés appelés les arbitres. L'arbitrage est possible en droit civil mais il est beaucoup plus fréquent en matière commerciale à cause des vertus qui y sont attachées et du besoin de spécialité : on choisit les arbitres qui sont des professionnels. L'arbitrage est discret ce qui est une qualité pour le secret des affaires.

Dans les litiges internationaux le recours à l'arbitrage évite les conflits de juridiction. Ce sont ces avantages qui expliquent la création de nombreux organismes d'arbitrage dans différents domaines.

Il y a aussi des défauts : il est long et coûteux, il faut payer les arbitres. L'arbitrage n'offre pas toutes les garanties de la justice étatique (égalité des parties) c'est pourquoi il n'y a pas de totale liberté contractuelle en matière d'arbitrage. En matière internationale c'est la convention de Paris du 17/12/1902 qui envisage l'arbitrage. En matière interne il est réglementé par le décret de 1981 et l'article 1442 du NCPC.

On va voir la convention d'arbitrage, l'instruction puis la sentence arbitrale et les voies de recours.

A. La convention d'arbitrage :

C'est un accord de volonté par lequel les parties conviennent de faire régler leur litige par des arbitres. Remarques :

Il y a deux aspects :

Un négatif : il y a renonciation à saisir le juge étatique normalement compétent.

Un positif : soumission du litige à l'arbitre.

La convention d'arbitrage est appelée ainsi au lieu de clause d'arbitrage. Pourquoi cette nuance ?

La clause est un élément d'un acte juridique (élément d'un contrat). Le législateur a choisi de parler de convention pour préciser que ce n'est pas un élément du contrat alors même qu'elle est sur le contrat : elle est distincte, autonome son efficacité n'est pas subordonnée à celle de l'acte juridique dans lequel elle est prévue. Alors même que le contrat n'est plus applicable on aura quand même recours aux arbitres.

Il existe deux catégories de conventions d'arbitrage avec des règles spécifiques mais il y a aussi des règles communes aux deux.

1. La clause compromissoire :

C'est celle par laquelle deux parties s'engagent par avance à recourir à l'arbitrage en cas de litige éventuel, dans un contrat (article 1442 du NCPC). En droit civil cette clause a longtemps été frappée de nullité par l'article 2061 du Code Civil (solution jurisprudentielle) puis l'article a été modifié par la loi NRE de 2001 donc désormais cette clause n'est nulle que pour les non professionnels (aujourd'hui la distinction est faite entre professionnels et non professionnels). On l'applique entre professionnels commerçants ou non. Dans les actes de commerce l'article L 411-4 du Code de l'Organisation Judiciaire prévoit expressément sa validité ceci dit il y a des conditions de forme :

Elle doit être stipulée par écrit soit dans la convention principale soit dans la convention à laquelle on se réfère.

Elle doit désigner le ou les arbitres ou du moins prévoir les modalités de leur nomination (article 1443 NCPC) : cela est fait pour que le tribunal arbitral puisse être réuni rapidement. Si ces conditions ne sont pas respectées il y a nullité de la clause.

Il peut y avoir des problèmes quand par exemple une partie refuse d'appliquer la clause dans ce cas les arbitres sont désignés par le Président du TGI ou le Président du TC si c'est prévu par la convention (article 144 du NCPC).

2. Le compromis d'arbitrage :

Convention par laquelle les parties a un litige déjà né soumettent celui-ci à l'arbitrage. La clause compromissoire a toujours été regardée comme valable entre tous article 2059 du Code Civil " Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition " Pourquoi cette différence de traitement ? Car une fois né on peut apprécier l'enjeu du litige il n'est donc plus dangereux de recourir au compromis alors qu'avant le litige il peut être dangereux de se passer du juge étatique.

Le compromis pour être valable doit être rédigé par écrit.

Il doit déterminer l'objet du litige 1448 NCPC.

Il doit déterminer les arbitres ou les modalités de désignation.

Ces conditions sont sanctionnées par la nullité.

3. Les règles communes :

Rédaction par écrit.

Désignation ou indication du mode de désignation des arbitres.

La mission de l'arbitre ne peut être confiée qu'à une personne physique qui doit avoir le plein exercice de ses droits civiques et civils (article 1451 du NCPC).

On peut désigner une personne morale mais elle n'a alors que le pouvoir d'organiser l'arbitrage.

La constitution du tribunal arbitral n'est parfaite que si les arbitres acceptent leur mission 1452 NCPC. Il y a une convention qui lie les arbitres aux parties au litige.

Le tribunal arbitral est constitué d'un ou plusieurs arbitres en nombre impair (pour éviter l'égalité article 1453 du NCPC).

La mission des arbitres est fixée dans le temps par la convention sinon l'article 1456 le fait de manière supplétive : plafond de 6 mois. On peut proroger le délai sur demande des parties ou à la demande d'une partie sur décision du TGI ou du TC si c'est prévu dans la convention.

B. L'instance arbitrale :

Il y a une grande souplesse car on évite la juridiction étatique. La loi laisse les parties libres de choisir les délais et les formes mais il y a des principes d'ordre public qu'on ne peut pas écarter :

□ Le principe du contradictoire dans les débats.

□ La liberté de la défense.

Dans la pratique les organismes d'arbitrage comportent un règlement qui prévoit la procédure à suivre : en choisissant un organisme on accepte tacitement le règlement, la procédure de cette organisme. La mission des arbitres est fixée par la convention d'arbitrage ; ils ne peuvent connaître que du litige de cette convention.

Selon l'article 1474 du NCPC : les parties peuvent donner à l'arbitre le pouvoir de se prononcer en amiable compositeur et dans ce cas là on statue en équité sans se soucier des règles de droit ; ça ne veut pas dire que les règles d'ordre public peuvent être ignorées, il faut les respecter.

La compétence de la compétence : si l'une des parties soulève l'incompétence des arbitres, ceux-ci peuvent statuer sur leur propre compétence.

C. La sentence arbitrale :

On appelle le jugement des arbitres une " sentence arbitrale ". La délibération est secrète : elle est rendue (article 1470 du NCPC) à la majorité des votes. La décision doit être motivée et signée par les arbitres.

La décision a l'autorité de la chose jugée dès qu'elle est rendue relativement à la contestation qu'elle tranche (article 1476 NCPC) mais elle est dépourvue de la force exécutoire, cette force exécutoire doit être conférée par une ordonnance d'exequatur qu'il faut demander au juge de l'exécution qui est un magistrat du TGI (article 1477 du NCPC) pour cela on dépose la minute de la sentence et la convention d'arbitrage au greffe du TGI. Généralement la sentence est spontanément exécutée par la partie perdante mais ce n'est pas toujours le cas.

D. Les voies de recours :

Une seule voie de recours : l'appel, la sentence n'est en effet pas susceptible d'opposition ou de cassation. L'appel (article 1481 et suivants du NCPC) peut tendre soit à la réformation de la sentence (l'appelant prétend que les arbitres ont mal jugé), il peut tendre aussi à l'annulation de la sentence arbitrale (si l'appelant prétend que les arbitres n'avaient pas le pouvoir de juger ex : si la clause compromissoire est nulle).

Les parties peuvent (article 1482 du NCPC) renoncer à l'appel dans la convention d'arbitrage) mais :

- Cette renonciation est présumée lorsque l'arbitre doit statuer en amiable compositeur.
- La renonciation à l'appel ne vaut que pour l'appel réformation, on ne peut pas renoncer au recours en annulation (article 1484 NCPC°).

L'appel est porté devant la Cour d'appel du ressort où la sentence a été rendue et ces recours doivent être formés dans le mois qui suit la signification de la sentence revêtue de la formule exécutoire. Le délai pour faire appel est suspensif comme le recours (1486 NCPC).

L'ordonnance qui accorde l'exequatur est elle aussi passible d'un recours qui n'est pas distinct de celui formé contre l'ordonnance elle-même. On peut aussi faire appel de l'ordonnance qui refuse l'exequatur.

Chapitre III : L'entreprise commerciale individuelle :

Une entreprise peut être exploitée par une personne physique ou une société. On parle dans le 1er cas d'entreprise individuelle et dans le 2nd d'entreprise en société. Parler d'entreprise individuelle est ambigu dans la mesure où ça peut renvoyer à une entreprise exploitée par une société unipersonnelle or ce sont deux cas de figure différents. Dans un cas il y a écran de la personne juridique alors que dans l'autre il y a l'entrepreneur, on va envisager successivement l'entreprise individuelle puis l'entreprise commerciale.

L'entreprise individuelle :

C'est ce qu'il y a de plus simple, elle ne suppose aucune mise de fond minimale, juridiquement on n'est pas obligé d'avoir un capital minimum, elle est facile à mettre en place, il n'y a aucun partage du pouvoir (on est seul : pas d'assemblée). C'est aussi la formule la moins coûteuse fiscalement et socialement.

D'autre part différents avantages sont spécifiques aux entreprises individuelles (facilitation des obligations comptables, pareil pour la protection des cautions...). Il y a une série d'avantages qui expliquent qu'il y a beaucoup plus d'entreprises personnelles que de sociétés.

Il y a également des inconvénients : l'entreprise en nom personnel n'est pas une personne juridique, le droit ne connaît que l'entreprise, c'est donc son propriétaire qui répond de toutes ses dettes sur tous ses biens (on rattache à l'article 2092 du Code Civil). Evidemment il y a une timide distinction par une loi du 11/02/1994 entre biens nécessaires à l'exploitation et ceux qui ne le sont pas. Le fisc distingue patrimoine privé et professionnel depuis longtemps. La partie de cette loi est limitée. Concrètement on prévoit deux choses :

L'établissement de crédit qui réclame une garantie de paiement doit informer par écrit que cette sûreté peut porter sur ses biens professionnels.

Lorsque l'entreprise fait l'objet d'une action en paiement forcé en raison d'une créance née de l'activité professionnelle il peut demander au créancier de saisir en priorité les biens nécessaires au patrimoine de l'entreprise, il dispose d'un certain bénéfice de discussion.

Il y a une certaine parade pour limiter la saisissabilité des biens du patrimoine familial :

l'entrepreneur marié peut adopter le régime de séparation des biens et donner les biens à son conjoint, ce n'est pas parfait car celui qui accorde un prêt regardera l'actif et demandera que la femme se porte caution. En plus en cas de divorce ça pose des problèmes.

L'entreprise commerciale :

Nous en avons parlé avec les critères de l'entreprise commerciale.

Définition : ont la qualité de commerçants les personnes physiques qui exercent habituellement, indépendamment et lucrativement l'un des actes de commerce de l'article L 110-1 du Code de Commerce. Le RCS ensuite même s'il ne confère pas la qualité de commerçant il est une preuve importante, c'est plus qu'un simple indice de la qualité de commerçant. Les tiers qui veulent faire tomber cette présomption peuvent apporter la preuve contraire et ceux qui veulent s'en prévaloir doivent être de bonne foi.

Différence avec l'artisan : ajoutons que pour être commerçant individuel il faut agir de façon indépendante donc celui qui agit pour le compte d'autrui n'est pas commerçant. Cela exclut : les salariés subordonnés à l'employeur, les dirigeants de société et même les dirigeants de société commerciale car les actes qu'ils accomplissent ne produisent effet que dans le

patrimoine de la société ; la jurisprudence rentrait dans les actes de commerce le cautionnement qu'ils donnent pour la société.

Ne sont pas non plus commerçants un certain nombre d'auxiliaires du commerce, des personnes au statut juridique varié qui ont la caractéristique commune d'agir dans le cadre d'un réseau de fabrication ou de commercialisation d'un produit ou d'un service. Ces auxiliaires doivent être distingués de ceux qui sont commerçants ; on trouve notamment dans cette catégorie : les VRP et mandataires qui ne sont pas commerçants.

Les VRP : leur fonction est de démarcher la clientèle, transmettre les commandes. D'un côté ils

sont salarié selon la loi du 7/03/1957 et d'autre part l'importance de leur activité fait que le code du travail leur reconnaît (article L 751-9) un droit à indemnité de clientèle c'est une indemnité d'enrichissement sans cause quand il y a rupture à l'initiative de l'employeur.

Les mandataires : ils ne sont pas commerçants car ils ne font que représenter, ils agissent au nom et pour le compte d'un commerçant mais ils ne sont pas non plus salarié : ce sont des mandataires. La jurisprudence a créé le mandat d'intérêt commun qui n'obéit pas à la règle de la libre révocabilité. Deux statuts spéciaux ont été créés sur la base de ce mandat :

Le statut d'agent succursaliste.

Le statut d'agent commercial (article L 134-1 du code de commerce).

L'agent commercial est un mandataire qui à titre de profession indépendante est chargé de négocier de manière permanente des contrats :

Sa rémunération : tout élément de rémunération qui varie avec le nombre ou la valeur des affaires constitue une commission, elle fait l'objet de règles impératives (articles L 134-6 et suivants).

Il y a une règle relative à la cessation du contrat posé par le code à l'article L 134-11 : on présume que le contrat est à durée indéterminée quand il se prolonge au-delà de son terme. Cet article fixe aussi les modalités à observer par chaque partie pour mettre fin au contrat (protection contre les brusques ruptures à l'article L 134-12). On accorde une indemnité compensatrice en réparation du préjudice que la cessation du contrat fait subir.

Les auxiliaires qui ont la qualité de commerçants :

Les courtiers.

Les commissionnaires.

Le courtier est celui qui met en relation deux personnes, il n'est pas représentant ni partie au contrat. Il y a une réglementation aux articles L 131-1 et suivants.

Le commissionnaire lui n'est ni mandataire ni courtier : c'est un professionnel qui agit en son nom

pour le compte d'un commettant. Il représente les intérêts du commettant. Il y a de nombreuses commissions (vente, achat, transport).

Les commerçants personnes physiques sont soumis à des règles très diverses, les plus importantes de ces règles (RCS, comptabilité, liquidation) ne leurs sont pas exclusivement réservées. Il y a une autre catégorie de règles importantes : celle qui s'applique au fonds de commerce. On va parler :

Du principe de la liberté du commerce.

Du statut fiscal.

Des commerçants mariés.

Section I : La liberté du commerce :

Il s'agit des règles qui fixent l'accès à la profession : le principe est la liberté du commerce et de l'industrie, aujourd'hui on parle de façon plus générale de la liberté d'entreprendre une activité indépendante mais pas forcément commerciale, loi Royer 27/12/1973. C'est un Principe Général à valeur Constitutionnel énoncé dans une décision du conseil constitutionnel de 1982. Ce principe nous vient de la révolution avec la suppression des corporations depuis lors devenir commerçant est un droit qui appartient à tous, c'est une liberté publique.

Les autorités administratives locales peuvent édicter des mesures de police pour l'hygiène... mais il y a détournement de pouvoir si elles utilisent ce pouvoir de police pour protéger les commerçants en place des concurrents à venir.

Ce sont les exceptions du principe que l'on va voir : il y en a beaucoup pour conditionner l'accès et protéger le consommateur avec des règles de compétence (ex : pour être pharmacien ou coiffeur il faut un diplôme).

Il faut aussi parfois une autorisation administrative pour des motifs variés comme protéger la santé publique ou les petits commerçants (licence pour débit de boisson, contrôle des grandes surfaces), parfois il y a des monopoles qui sont remis en cause par le droit communautaire.

On va voir les restrictions personnelles au droit de devenir commerçant qui frappent certaines personnes, il y en a 5 en particulier :

Les restrictions qui tiennent l'état civil :

Pour être commerçant il faut avoir la capacité commerciale qui est plus restrictive que celle du droit commun. Le mineur ou le majeur peuvent accomplir des actes de la vie civile mais dans une certaine mesure ils ne peuvent pas être commerçants :

Le mineur a une incapacité de jouissance il ne peut jamais être commerçant, il n'y a pas de remède il ne peut pas être représenté quelque soit son âge et même s'il est émancipé. En pratique le problème se pose si un commerçant décède avec des héritiers mineurs. Le mineur hérite du fonds de commerce mais ne peut pas l'exploiter. Il doit le vendre ou le donner en location gérance (contrat passé entre une personne qui perd la qualité d'exploitant et un qui l'a). Il peut aussi l'apporter à une société car il peut être associé ça ne veut pas dire qu'il ne peut pas accomplir des actes de commerce isolés (article L 121-2).

Les majeurs incapables peuvent-ils être commerçants ? Les textes du code civil n'envisagent pas ce cas donc, on présume la capacité, c'est la règle, donc on ne peut pas étendre par analogie la règle d'incapacité du mineur. Que fait-on ? On distingue selon les régimes :

La tutelle : on applique les règles de la tutelle des mineurs donc comme les mineurs il ne peut pas être commerçant ; même pas par l'intermédiaire du tuteur. Le jugement d'ouverture de tutelle doit être publié au RCS sinon le tuteur ou majeur ne pourra pas faire prononcer la nullité des actes passés avec un tiers de bonne foi.

La curatelle : ces décisions sont publiées également, le majeur en curatelle n'a pas vocation à être commerçant mais le juge des tutelles peut adapter les mesures d'incapacité, donc on peut imaginer qu'il l'y autorise (article 511 du Code civil) mais ça serait bizarre, le curateur est souvent le conjoint (article 509 du Code Civil).

La sauvegarde provisoire de justice : elle ne s'oppose pas nécessairement à la continuation du commerce (article 491 du Code Civil) mais elle le rend difficile. Le majeur conserve l'exercice de ces droits. Mais ses actes sont annulables s'il n'était pas sain d'esprit ou article (491-2) remise en cause si les actes sont lésionnaires. Ca rend difficile l'exercice du commerce.

Les restrictions qui tiennent à une incompatibilité :

Certaines personnes qui ont une profession non commerciale ne peuvent pas en même temps être commerçant. Ex : les fonctionnaires.

L'idée est de sauvegarder l'image de ces professions et de soustraire à certains risques les membres de ces professions.

Ex de ces professions : les magistrats et militaires, les officiers publics et ministériels, les auxiliaires de justice (avocats, administrateurs judiciaires), les membres des professions organisées en ordre (architectes, comptables, experts comptables).

Les restrictions tenant à la nationalité :

Il faut distinguer entre la réglementation de droit commun et celle des ressortissants communautaires.

La réglementation de droit commun :

Elle date de 1938 : un étranger ne peut être commerçant en France que si un Français pourrait être commerçant dans le pays d'où il vient. Cette distinction est devenue théorique avec les traités de réciprocité.

Autre condition plus contraignante un étranger ne peut exercer une activité commerciale (y compris la direction d'une société commerciale) que s'il est en possession d'une carte d'identité de commerçant étranger délivré par l'administration de façon discrétionnaire : pas de recours en cas de refus. Cette carte est un titre de police différent de la carte de séjour.

Certaines professions sont interdites aux étrangers ex : banquier.

Il ne faut pas confondre le statut des étrangers avec celui des ressortissants communautaires.

Le statut des ressortissants communautaires :

Les ressortissants communautaires sont assimilés aux nationaux (du fait de la liberté de circulation

des travailleurs, des personnes, des services et des capitaux). La libre circulation des services permet d'être commerçant dans les états membres.

Il y a liberté d'établissement (liberté de créer dans tout Etat membre un établissement principal ou secondaire doté ou pas de la personne juridique), le résultat est que la gestion de cet établissement se fait à parité de droits avec les commerçants du pays d'établissement.

On peut également exercer une activité sans créer un établissement : en effectuant des prestations de service (libre prestation de service) à égalité de droits avec les ressortissants du pays concerné.

Puis il y a les professions réglementées généralement les professions libérales (médecins, comptables...). Pour permettre une réelle mobilité professionnelle il faut tenir compte des différences ex : reconnaissance mutuelle des diplômés elle est largement réalisée à ce jour.

Les restrictions tenant à la déchéance :

Il y a ici l'idée de moraliser le secteur commercial, d'éliminer les escrocs dont les scandales peuvent rejaillir sur les autres donc certaines personnes sont frappées de déchéance :

Les délinquants de droit commun : la loi du 30/08/1947 sur l'assainissement des professions commerciales et industrielles fait que sont déchus d'exercer une activité commerciale certaines personnes qui ont été condamnées sur le fond du droit commun (pénal, civil, officier ministériel destitué).

Les dirigeants frappés de faillite personnelle : la faillite est la sanction professionnelle qui frappe l'entrepreneur suite à des fautes graves, on peut lui interdire de diriger une entreprise, on peut doser les condamnations puis l'autoriser à reprendre son activité.

Certains fraudeurs fiscaux (article 1750 CGI) : le tribunal correctionnel peut sur plainte de l'administration fiscale frapper les fraudeurs de l'interdiction d'exercer une activité commerciale.

Les restrictions tenant à un engagement :

Certains contrats comprennent des clauses de non concurrence qui interdisent au débiteur toute activité qui détournerait la clientèle du créancier. Cette clause est usuelle dans les ventes de fonds de commerce ; c'est un aménagement de l'obligation légale de garantie. Tout vendeur doit garantir. La clause précise les conditions : ne pas créer de fonds de commerce concurrent (clause de non rétablissement). On la trouve aussi dans certains contrats de travail (le VRP s'interdit de s'embaucher chez un concurrent ou de créer une entreprise conçue pour ne pas détourner la clientèle).

Ces clauses sont valables sous conditions elle sont stipulées dans l'intérêt d'un contractant pour

éviter une concurrence dangereuse ou anormale. Si la clause excède cet intérêt légitime elle est illicite.

Cette restriction n'est pas excessive si elle est limitée dans l'activité interdite, l'espace et le temps. On ne peut pas interdire toute activité, tout le temps partout.

La clause est valable mais il ne faut pas qu'elle soit disproportionnée, depuis Juillet 2002 la Cour de Cassation subordonne ces clauses dans les contrats de travail à une contrepartie financière.

Section II : Le statut fiscal et social :

En pratique une des questions les plus posées est de savoir s'il vaut mieux exploiter en nom personnel ou en société. Cette question n'étonnera pas.

Avantage de la formule en nom personnel : l'entrepreneur a la complète maîtrise de l'entreprise, il n'a rien à partager.

Inconvénient de la formule en nom propre :

Il y a une responsabilité illimitée de l'entrepreneur pour les dettes de la société vu la règle de l'unité du patrimoine.

Il y a une plus grande difficulté de céder ou transmettre l'entreprise car son fractionnement est impossible.

Les avantages juridiques ne sont pas les seuls recherchés ce qui commande le choix ce sont les

données fiscales et sociales. Donnons quelques informations de base.

Le statut fiscal :

Il a beaucoup évolué depuis le début des années 1990. Jusqu'à la fin des années 1980 il était plus

avantageux fiscalement d'exploiter une entreprise en société qu'en nom personnel. Aujourd'hui ça reste vrai mais seulement pour la transmission des grandes entreprises où il y a un avantage fiscal. Pour le reste il y a neutralité de l'impôt à la création et à l'exploitation il ne pénalisera l'entreprise individuelle qu'à la transmission. Voyons les 3 étapes :

La neutralité de l'impôt à la création :

Qu'est ce qu'un impôt neutre ? Un impôt est neutre lorsqu'il est sans incidence sur le choix de la

forme sociale, lorsqu'il ne varie pas selon la forme de l'entreprise il est neutre.

La mise en société suppose des apports donc le transfert de propriété de l'apporteur à la société personne juridique ce qui est frappé par un impôt : le droit d'enregistrement, le droit d'apport.

Pour une entreprise en nom personnel il n'y a aucun droit d'apport car il n'y a pas transfert de propriété vu que le patrimoine n'est pas distinct.

Traditionnellement il y avait un avantage pour l'entreprise en nom personnel. Cet avantage est devenu purement symbolique car depuis quelques années les apports de fonds de commerce

ou d'immeubles affectés à une entreprise sont assujettis à un simple droit fixe symbolique de 75 € si l'engagement est pris de conserver pendant 5 ans les titres sociaux reçus en contrepartie. Autrement dit les droits d'apports sont quasiment inexistantes. Avant il y avait 11,4 % de droits d'apport.

Il n'y a plus de coût fiscal à se mettre en société, l'impôt est neutre, au moment de la constitution l'impôt est sans incidence sur le choix.

L'impôt est neutre pendant le fonctionnement de la société :

C'est le cas de la TVA et de la taxe professionnelle qui sont deux impôts qui ne dépendent pas de la forme juridique adoptée.

Par contre pour l'IR pendant longtemps il n'y avait pas neutralité aujourd'hui c'est neutre dans tous les cas avec un abattement de 20%. C'est relativement nouveau car pendant longtemps ces 20% étaient réservés aux dirigeants de société qui étaient salariés donc on était incité à mettre en place un écran sociétal.

Voilà comment ça marche : l'entreprise individuelle n'a pas de personne fiscale ni juridique, le seul contribuable c'est l'entrepreneur lui-même, les bénéfices sont imposés au nom de l'entreprise dans le cas de l'IR et au titre des BIC (il existe aussi les BA et les BNC).

Il y a trois régimes d'imposition selon la taille de l'entreprise :

Le régime des micro entreprises : lorsque le chiffre d'affaire est inférieur à un certain montant elles sont dispensées de la TVA et on déterminera à partir d'un abattement l'impôt.

Le régime du réel simplifié : obligeant à partir d'un seuil de CA à établir périodiquement des déclarations.

Le régime du réel normal : c'est une obligation pour les grandes entreprises et il oblige à une comptabilité et des obligations lourdes.

Les entreprises imposées d'après le régime réel, lorsque l'entreprise adhère à un centre de gestion agréé elles bénéficient d'un abattement jusqu'à un plafond d'environ 110.000 €.

Ex : imaginons un CA de 220.000 € et des charges pour 135.000 € il reste 85.000 € si on adhère pas on est imposé sur 85.000 € alors que si l'on adhère on est imposé sur 68.000 € ($85.000 - 20\%$).

Avec ce système d'adhésion on a étendu à toutes les entreprises individuelles le bénéfice de la réduction de 20% qui avant était réservé au salarié. Aujourd'hui quelque soit la forme d'exploitation on peut bénéficier de la réduction (société ou en nom personnel) ; il n'y a plus d'intérêt fiscal à se mettre en société pour être salarié et avoir une réduction.

L'impôt peut pénaliser l'entreprise individuelle au moment de la transmission :

Tout dépend de la taille d'entreprise :

Pour les petites entreprises dont le prix de vente est inférieur à 75.000 € il n'y a pratiquement pas de pénalisation. Que l'on vende un fonds de commerce ou des parts de société, il faut acquitter dans les deux cas des droits d'enregistrement. Le taux est de 4,8 % pour les parts de société ; pour les entreprises c'est à peu près le même taux grâce au jeu d'un abattement. La loi de finances pour 2000 disait que le taux du droit d'enregistrement était de 0% jusqu'à 22.800 € (franchise totale), au-delà 4,8 %. Il n'y a pas de pénalisation pour les petits commerces.

Pour les grands commerces : la forme sociétaire est plus importante, plus la valeur du fonds est importante, plus la forme individuelle pénalise. Le transfert d'une société sous forme de SA au contraire échappe à tout droit d'enregistrement s'il n'est pas constaté dans un acte. Par comparaison la formule individuelle est toujours pénalisée.

En ce qui concerne les PME il n'y a plus d'avantage fiscal à l'exploiter en société.

Le statut social :

Pour la protection sociale quels sont les termes du choix. Par statut social on désigne l'ensemble

des droits et obligations qu'édicte le droit de la sécurité sociale. Les droits sont différentes prestations, les obligations sont les cotisations correspondantes. Est-on mieux protégé en nom personnel ou en société ?

L'entreprise individuelle est rangée dans la catégorie des travailleurs non salariés alors que les salariés relèvent de ce qu'on appelle le régime général de sécurité sociale et retraite. Est-ce plus ou moins intéressant d'être travailleur non salarié ? On va comparer prestations et cotisations :

Les prestations versées à l'entrepreneur individuel sont moins nombreuses que celles versées au salarié.

Les cotisations mises à la charge de l'entrepreneur sont moins lourdes.

Les prestations :

Il existe trois grands groupes de prestation :

Les prestations familiales (allocation familiales, logement, allocations pré et post natales...) : ces prestations familiales sont les mêmes dans tous les cas qu'on soit salarié ou travailleur indépendant.

L'assurance vieillesse : là aussi les droits sont les mêmes pour les salariés et les travailleurs indépendants avec une importante différence : le dirigeant salarié doit cotiser en plus à un régime de retraite complémentaire obligatoire. Il doit aussi cotiser à un régime de retraite des cadres : ces cotisations sont prises en charge par la société.

L'assurance maladie maternité : elle donne droit d'une part à des remboursement et d'autre part à des prestations en espèce. Là ce n'est pas pareil pour le remboursement :

Les non salariés n'ont pas le même taux de remboursement que les salariés ; le petit risque est moins bien remboursé.

D'autre part les prestations en espèce du régime général (indemnités journalières en cas de maladie ou de maternité...) sont quasi inexistantes dans le régime des travailleurs indépendants ; donc sur ce point il est moins intéressant

De plus les dirigeants de société qui ont la qualité de salariés peuvent prétendre à un régime d'assurance chômage s'ils justifient d'un contrat de travail distinct du mandat social ; alors que ça n'existe pas pour les travailleurs indépendants qui peuvent cotiser à un régime volontaire en pouvant le déduire du résultat imposable.

Conclusion : la protection sociales des non salariés est plus faible mais les cotisations sont elles

aussi plus faibles.

Les cotisations :

Pour le salarié, les cotisations sociales sont payées par le salarié et l'employeur donc pour calculer le coût social d'un salarié on doit ajouter les deux. Le travailleur indépendant, lui, prend en charge tout seul toutes ses cotisations.

Le travailleur salarié paye plus que le travailleur indépendant mais une partie est prise en charge par la société. Selon que l'on retient le 1er ou le 2nd mode de calcul c'est différent, la bonne comparaison c'est de comparer le global.

Exemple :

Pour un gérant de SARL : 64% du salaire annuel passe en cotisations dont 43% à la charge de la société.

L'entrepreneur individuel lui utilise 35% du revenu annuel brut. 35% c'est beaucoup mais peu par rapport à 64%.

Problème si on ne compare pas le global il est vrai que le salarié paye tout seul moins que l'entrepreneur. L'entrepreneur individuel est doté d'un régime moins protecteur mais aussi d'un régime moins coûteux.

On ne peut pas dire qu'un régime est meilleur que l'autre tout dépend de l'importance qu'on attache à sa protection sociale. Le choix de l'entreprise individuelle est le plus souvent jugé mieux adapté que celui de la société pour la PME qui dégage peu de bénéfices.

Section III : La situation des commerçants mariés :

La femme mariée peut librement exercer le commerce. Ce n'était pas le cas avant. Le Code de Commerce ne le formule plus tant c'est évident, le Code Civil le dispose à l'article 223 dans une formule large et égalitaire " chaque époux peut librement exercer une profession ". Jusqu'à récemment la femme mariée ne pouvait pas. La législation contemporaine a fait évoluer la situation sur l'exercice du commerce par l'un deux ou le statut du conjoint commerçant.

L'époux commerçant :

Qu'est-ce que ça change que le commerçant soit marié, il peut donner l'apparence de se trouver à

la tête d'un certain patrimoine alors que juridiquement il n'a pas le pouvoir de l'engager. Donc il est indispensable pour le tiers co-contractant de connaître le régime matrimonial ainsi que des jugements qui peuvent modifier ses pouvoirs ou droits. Comment faire pour savoir ?

Il suffit simplement de demander une copie de l'acte de mariage. Si l'acte n'indique rien les époux sont présumés mariés sous le régime de droit commun : communauté réduite aux acquêts. Il y a aussi la possibilité de s'informer au RCS qui doit mentionner le contrat éventuellement conclu et aussi toutes les autres mesures relatives au fonctionnement du régime.

Le régime de la communauté légale : chaque époux a le pouvoir de gérer seul les biens communs. Il y a une dérogation à l'article 1421 al 2 du Code Civil. " L'époux qui exerce une profession salariée a seul le pouvoir d'exercer les actes d'administration et de disposition nécessaire à celle-ci ". Il y a un principe général de gestion concurrent mais pour les biens communs affectés à une profession on y substitue un régime de gestion exclusive.

Il faut distinguer les règles applicables à l'époux commerçant de celles applicables à l'autre. On peut s'informer du régime matrimonial et il y a des règles de pouvoir très importantes qui en découlent. La distinction est le régime applicable :

Avec la séparation de biens c'est simple : chaque époux a une complète autonomie pour gérer ses propres biens, il n'y a pas de problèmes d'interférences de pouvoirs sauf le régime primaire impératif avec :

- L'article 215 al3 du Code Civil qui veut qu'on ne peut pas disposer l'un sans l'autre de l'immeuble affecté au logement de la famille.

- L'article L 220-1 du Code de Commerce qui dispose que si un époux met en péril l'intérêt de la famille le juge peut prendre toutes les décisions comme l'interdiction d'exporter les biens et autoriser le conjoint à exploiter le fonds de commerce ; c'est rare mais ça peut se produire même sous ce régime.

Dans le cadre de la communauté légale il y a des règles légales et de possibles modifications judiciaires.

Quelles sont les règles légales et la sanction en cas de non respect ?

Il y a un double principe :

L'article 1421 du Code Civil : la gestion concurrente des biens communes avec les mêmes pouvoirs, chaque époux engage l'ensemble des biens communs sauf les gains et salaires de l'autre.

L'article 1421 al 2 tempère la première affirmation avec la gestion exclusive par l'époux commerçants de toutes les biens communs affectés à l'exercice de sa profession. L'époux qui exploite un fonds de commerce qui fait parti de la communauté est seul à pouvoir en disposer, c'est intéressant pour nous en ce qui concerne les commerçants ou professionnels indépendants.

Ces deux règles exclusives ne valent pas pour certains actes graves qui relèvent d'un régime de

cogestion c'est alors l'un et l'autre époux qui doivent agir, aucun des deux ne peut agir seul. On impose ce principe pour disposer entre vifs de biens communs ex : article 1124 du Code Civil pour les immeubles, le Fonds de Commerce ; et les exploitations dépendant de la communauté. Le commerçant exploite seul le fonds mais ne peut pas le vendre sans son conjoint ou céder seul les parts communes.

En ce qui concerne l'article 1832-2 du Code Civil l'acquisition de parts sociales (apports à une société de biens communs) le conjoint doit être averti afin qu'il puisse requérir l'inscription à son nom de la moitié des parts sociales souscrites (communes car achetées avec des deniers communs).

L'article 1427 dispose pour sa part que la non observation de ces règles de pouvoirs est sanctionnée par la nullité : le conjoint a deux ans pour agir dès qu'il a connaissance de l'acte.

Enfin il y a un régime spécial pour les emprunts et les cautionnements à l'article 1415 du Code Civil, il y a trois règles :

Si un conjoint marié sous la communauté souscrit seul un cautionnement ou un emprunt il n'engage que ses biens propres, gains et salaires. Il n'engage pas les biens communs.

L'autre conjoint peut consentir à l'emprunt ou au cautionnement en pareil cas les biens communs sont alors également engagés.

Si les deux époux se portent co-emprunteur solidaires en ce cas tous les biens du ménage sont engagés (les biens propres, gains et salaires de chacun ainsi que les biens communs).

Il y a une règle spéciale lorsque le conjoint de l'époux commerçant travaille dans l'entreprise ;

dans ce cas le régime de la cogestion est étendu. Le commerçant ne peut pas sans le consentement de l'autre aliéner ou grever de droits réels les éléments du fonds de commerce ni donner à bail.

Deux remarques : il y a deux faiblesses de ce régime pour le commerçant :

Le commerçant ne peut pas obtenir un crédit sans son conjoint car l'article 1415 empêche d'engager un fonds de commerce commun sans l'accord des deux. Il y a donc une restriction de pouvoir de nature à gêner le commerce dans ses rapports avec le banquier.

Chacun des époux pouvant engager tous les biens communs par ses dettes, chacun peut donc ruiner son conjoint. L'ensemble du patrimoine des époux est à la merci des mauvaises affaires du commerçant.

Souvent quand un époux est commerçant on choisit le régime de la séparation de biens. Mais ce

Régime empêche le conjoint non commerçant de profiter des bénéfices qui résultent de l'entreprise, et si l'on met un bien au nom d'un époux puis qu'il y a divorce alors il y a un problème.

La modification des règles légales par le juge :

Il y a trois hypothèses où le juge peut intervenir pour modifier cette organisation de pouvoir :

L'hypothèse de l'article L 220-1 : si l'époux qui a le commerce met en péril les intérêts de la famille le juge peut autoriser l'autre à exploiter le fonds de commerce.

La possibilité pour un époux de demander une séparation de biens judiciaire : on substitue au régime légal de communauté un régime de séparation de biens.

Le juge peut transférer à un conjoint les pouvoirs confiés par la loi à l'autre époux, il y a trois hypothèses :

L'article 219 Code Civil : si un époux est hors d'état de manifester sa volonté.

Dans le cas de l'incapacité ou de la fraude article 1426 code civil " En cas d'incapacité ou de fraude commis par un époux, l'autre peut recevoir du juge le pouvoir d'accomplir seul les actes pour lesquels il faudrait normalement l'autorisation des deux ".

Le pouvoir de se faire autoriser par le juge à agir sur les biens propres du conjoint article 1429 du Code Civil. On va là encore plus loin.

Le conjoint du commerçant :

Il se peut que le conjoint du commerçant ne participe pas à l'exploitation de l'entreprise familiale

dans ce cas il n'y a rien à dire, sa situation juridique ne dépend en rien de l'exercice du commerce par l'autre époux.

Voyons les cas où le conjoint travaille dans l'entreprise familiale. Dans ce cas deux questions se posent :

En quelle qualité exerce-t-il une activité dans l'entreprise ?

A quoi peut-il prétendre si son activité n'est pas rémunérée et que son activité cesse ?

En quelle qualité le commerçant travaille-t-il dans l'entreprise familiale ?

Il faut voir deux points pour répondre à cette question : une loi du 18/06/1982 permet de choisir

entre deux statuts : celui de collaborateur ou celui de salarié.

Le conjoint collaborateur :

Il travaille de façon subordonnée dans l'entreprise mais sans rémunération, il doit être déclaré en tant que tel au RCS et il ne doit pas exercer par ailleurs une activité salariée à temps complet mais il peut exercer à temps partiel. En quoi consiste ce statut, quels sont les avantages ?

- Le collaborateur a des avantages sociaux particuliers :

Il ne cotise pas pour la retraite.

Il bénéficie de toute la protection sociale en tant qu'ayant droit du chef d'entreprise.

- Il y a un avantage juridique : il a le pouvoir légal de représentant, il peut accomplir seul les actes d'administration concernant les besoins de l'entreprise (article L 121-6 du Code de Commerce).

Le statut de conjoint salarié :

C'est celui qui travaille dans le cadre d'un contrat de travail, il bénéficie :

Du droit du travail,

Du régime général de la sécurité sociale. Il doit pour cela participer selon l'article L 784-1 effectivement à l'entreprise ou à l'acte de son époux à titre habituel et professionnel et il faut qu'il reçoive une rémunération au moins égale au SMIC. Est ainsi consacrée la possibilité d'un vrai contrat de travail entre époux.

Ex : Soit deux époux mariés avec trois enfants, Monsieur exploite un commerce de vin, Mme travaille dans l'entreprise, quel est le statut le plus intéressant pour elle ? Est-ce que ça vaut le coût de payer les cotisations sociales ?

Les époux ont décidé d'opter pour le régime de conjoint salarié il y a donc à prendre en compte :

Le coût des cotisations qui sont proportionnelles au salaire

Si Monsieur est membre d'un centre de gestion agréé il a une réfaction de 20% donc il peut déduire le salaire versé à son conjoint (jusqu'à 36 fois le SMIC par an) de ses revenus imposables donc les salaires sont en parti financés par les impôts qu'il ne paye pas. S'il n'était pas dans un centre de gestion agréé il ne pourrait déduire que jusqu'à 2600 € au lieu de 40.000 ; s'il était en régime de séparation de biens il pourrait déduire l'intégralité du salaire.

La tranche supplémentaire d'impôts est élevée donc ça réduit d'autant le prix des prestations sociales à payer car il déduit de ses revenus imposables.

En faisant ces arbitrages on arrive à déduire ce qui est le plus intéressant mais la réponse n'est pas très tranchée.

Remarque : il y a un troisième statut possible lorsque l'entreprise est sous forme sociétaire ; article L 121-4 du code de commerce, c'est le statut d'associé. Le conjoint associé en contrepartie en de son seul travail peut recevoir des parts sociales en industrie (il ne fait pas d'apport en nature, il n'apporte que son travail) ; cela lui donne vocation à exercer toutes les prérogatives d'un associé : il participe à la gestion et peut recevoir des bénéfices. Deux époux peuvent par exemple être seuls membres d'une SNC.

La loi réserve expressément la possibilité pour le conjoint d'agir en d'autres qualités en employant l'adverbe " notamment " dans l'article : il y a place pour d'autres statuts, le conjoint qui co-exploite (en commun) prend-il la qualité de commerçant ? Il y a une réponse de principe à l'article L 121-3 : la loi répute que non, il n'acquiert pas cette qualité sauf s'il a une activité commerciale séparée ; à contrario s'il co-exploite il n'est pas commerçant.

Avantage :

Il est protégé, il ne peut pas être mis automatiquement en liquidation judiciaire.

Cette présomption de non commercialité du conjoint co-exploitant est-elle simple ou irréfragable ? Elle est simple, elle tolère la preuve contraire et depuis 15 ans une jurisprudence se développe : il peut être commerçant si de manière indépendante il a exercé des actes de commerce et en a fait sa profession habituelle Cass Com. 15 Octobre 1991.

C'est une question d'espèce, à chaque fois c'est le juge qui se prononce. A chaque fois le juge doit

Rechercher si l'indépendance et l'autorité du co-exploitant excèdent celle d'un simple mandataire ? Oui c'est un commerçant non ce n'est pas un commerçant.

Résumé : il y a quatre statuts possibles : collaborateur, salarié, associé ou commerçant co-exploitant. Cela a été conçu dans une perspective d'un droit de la faillite repoussoir alors qu'aujourd'hui c'est devenu avantageux donc des arrêts comme celui de la CA de Douai le 13/05/1997 ont autorisé un conjoint à combattre la présomption de l'article L 121-3 afin d'acquérir la qualité de commerçant.

A quoi le conjoint peut-il prétendre si son activité n'est pas rémunérée ?

Cette question se pose à la dissolution du mariage :

En cas de divorce (article 280-1 du Code Civil) le conjoint peut obtenir une indemnité exceptionnelle même si le divorce a été prononcé à ses torts exclusifs.

" L'époux aux torts exclusifs de qui le divorce est prononcé n'a droit à aucune prestation compensatoire.

Toutefois, il peut obtenir une indemnité à titre exceptionnel, si, compte tenu de la durée de la vie commune et de la collaboration apportée à la profession de l'autre époux, il apparaît manifestement contraire à l'équité de lui refuser toute compensation pécuniaire à la suite du divorce. "

En cas de décès du chef d'entreprise rien n'était prévu : il existe des protections plus générales :

S'il y avait une communauté de biens l'époux trouve une récompense de son travail dans la vocation qu'il a à partager le bien, et dans l'enrichissement du patrimoine. Il a un retour du travail fourni.

S'il est associé de la société qui exploite le fonds de commerce il a droit au partage des bénéfices et au boni de liquidation.

Il y a deux protections générales. Lorsque ça ne marche pas ex : on est sous le régime de la

séparation de biens dans une entreprise personnelle ; le conjoint survivant peut-il réclamer à la succession la rémunération de sa collaboration ? Peut-il rechercher une partie de la plus value ? Il y a deux éléments de réponse :

Pendant longtemps aucun texte ne l'autorisait, la jurisprudence utilisait différents expédients :

Si pendant le mariage le conjoint a bénéficié d'une donation de l'autre époux (donation qui comme toute donation entre époux est révocable) cette donation n'est pas révocable car c'est considéré comme une donation rémunératoire ; on rémunère de façon déguisée l'activité du conjoint.

L'enrichissement sans cause : on estime que l'époux qui exploitait l'entreprise et faisait travailler son conjoint s'est enrichi sans cause donc on compense en indemnisant le travail.

La théorie de la société créée de fait, la jurisprudence considérait que les époux avaient créé une société créée de fait sans le savoir donc on répartit.

Puis la loi du 31/12/1989 a modifié cette situation : elle accorde au conjoint survivant un droit sur

la succession : le droit de prélèvement d'un salaire différé, c'est pratiqué depuis longtemps en droit rural. Le prélèvement est égal à la plus petite des deux sommes suivantes : 3 fois le montant du SMIC ou $\frac{1}{4}$ de l'actif successoral.